image
not
available

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

DECISIONUM, SENTENTIARUM ET PRÆJUDICIORUM FORENSIUM

Liber Primus

AUTORE

CLARISSIMO AC CONSULTISSIMO VIRO,

DN. HENRICO Nebelthaú

DE FRANCKENBERGA HESSOrum J. U. Doctore & Professore in illustri Academia Gissena.

Ex Legato Ill.mi Cocini

GIESSÆ,

Typis & impensis Casparis Chemlini,

Anno M.DC.XVII.

PRÆFATIO AUTORIS
AD LECTOREM.

SI quæ opera, in quam artem excolendam, utiliter impenditur, in Jurisprudentiam nostram, artem juris, utilissimè illam impendi, dicendum, quippe quâ non minus, in vita humana, carere possumus, quam aquâ & igne. Sine aqua & igne vivi nequit; nec sine lege, & justa legum ordinatione. Quod in corpore est anima, id, jus est in Reipubl. nec sine scripto jure, magis humana societas consistere potest, quã corpus sine anima. Tolle animam ex corpore, non corpus, non hominem, sed truncum & cadaver habebis; tolle legem ex Republic. non Rempubl. non cives, sed nebulones, & malum malorum conciliabulum videbis. Quod sol est in mundo, idem est recta juris constitutio in Imperio & Republ. Tolle solem è mundo, densas habebis tenebras; tolle legem confusa & perturbata erunt omnia. Deniq;, quod clavus in navi præstat, idem præstat lex in Republica; sine clavo, navis gubernari nequit; nec sine lege Respublica.

Quapropter summa sunt laude laudandi, jus nostrum omni ope qui hactenus promotum voluerunt, & adhuc volunt. Sanè, nihil est jam dictum, quod non dictum sit prius, inquit Comicus. Deterrentur inde multi, ne lucubrationes suas in lucem emittant, veriti, ne quas suas putant annotationes, ab aliis jam ante sint notatæ. Deterritus & ipse, hactenus mihi non passus fui persuaderi, ut quas in aliis Academiis plurimis, privatim, & in hac nostra Gisena, publicè habui lecturas, in publicum emiserim. Extorserunt tandem aßiduæ Amicorum preces, & indefessa typographi sollicitatio, Nonnullas Forensium controversiarum Decisiones, quippe quarum longe alia, quam lecturarũ & commentariorũ est ratio: nec ibi illud comici timendum. Constitueram singulis Decisionib. sua Responsa, sententias & præjudicia, tum nostræ, tum aliarum diversarum Facultatum juridicarum subjicere (id quod & ipsa operis inscriptio innuit) at certis ex causis priora animi mei cogitata suspendi, separato opere illa publicaturus. Si quæ forte tibi non placeant, mone, non carpe. Dissensi & ipse quandoq; à nonnullis (nec enim aliter fieri potuit) At, modestè me dissensisse animadvertes, lector Benevole, maximè verò, à præceptoribus

ribus quando dissentire oportuit; Ex historiis usuq; vitæ mecum repetens, ac ruminans, Nulli unquam benè cessisse, in præceptores suos, qui fuit injurius, ipsorumq; scripta, in usum rei literariæ, bona intẽtione, emissa, Theonino dente rodere studuit; nec mysterio carere, quod ex decem Dei præceptis, unum solum, quo parentibus & præceptoribus debitus honor asseritur, benedictionem promittat obsequentibus, & ex adverso maledictionem transgressoribus minitetur. Si qui porrò Decisionum libri edentur (hac quippe vice unus tantum, qui instar prodromi subsequentium erit prodire potuit) separatim prostabunt vendenturq; de quo similiter lector mihi monendus fuit, ne præsentem emere differat, quo ad alij subsequantur. Vale & salve benevole Lector, Dab. Gisæ Calend. Septemb. Anno 1617.

INDEX
DECISIONUM LIBRI PRIMI.

DECISIO PRIMA.

IX. Cui-

XVIII. De retorſione verbalium injuriarum, quam vim habeat, & anne Actio injuriato competens, per illam extincta & ſublata cenſeatur.

XIX. An minor viginti annis, modo ſit pubes, in cauſis criminalibus teſtis eſſe poſſit?

XX. Num per procuratorem, vel parentem, capitaliter accuſatus, ſe defendere, & innocentiam ſuam deducere poſſit?

XXI. An & quatenus à ſententia in cauſis criminalibus lata appellare liceat?

XXII. De exceptione Non numeratæ pecuniæ. Quandiu competat? An poſt biennium etiam opponi poſſit, ſi debitor onus probandi in ſe recipere, ſibique numerationem factam non eſſe docere velit? & Anne creditori juramentum à debitore deferri queat?

DECISIO

DECISIO PRIMA

An Judex communes Doctorum opiniones in judicando ſequi, & ſecundum eas judicare teneatur?

IN dijudicandis cauſis & controverſiis forenſibus cauſæ ſtatus, ut Rhetores vocant, cum primis attendi debebit. Per cauſæ ſtatum intelligitur id, in quo cauſa ſeu controverſia exiſtit, & totius negotii cardo vertitur; aliàs caput cauſæ appellatur. Eſtque vel juris, vel facti, pro ut vel juris, vel facti quæſtio in judicium deducitur. Exemplum, ubi in jure ſtatus cauſæ conſiſtit, evidens proponitur *in l. ad probationem 21. Cod. de probationibus*; facti exemplum refertur *in l. 30. ff de teſtament. tutel.* Quod ſi in jure ſtatus cauſæ conſiſtat, ſecundum leges & receptas conſuetudines judex judicare tenetur, jubente ita Imperatore Juſtiniano *in princip. inſtitut. de officio judic.* ubi, Illud, inquit, inprimis obſervare debet judex, ne aliter judicet, quàm legibus aut conſtitutionibus, aut moribus proditum eſt; cui concordat *Novel. 82. §. penult.* ubi idem Imperator, omnis, inquit, judex ſive magiſtratum gerat, ſive aliter judicet, leges obſervato, & ſecundum has proferto ſententias Quod idem etiam in ſpecie in ordinatione Cam. Imperialis *part. 1. tit. 13.* judici & Aſſeſſoribus Cameræ præſcriptum, ne ex proprio nudoque arbitrio, & privata ſua conſcientia, ſed ex legibus, conſtitutionibus publicis & probatis conſuetudinibus, jus dicant. Hinc, quid de Traditionibus & opinionibus

Interpretum nostrum sit habendum facile erit judicare. Et sane singulorum Jureconsultorum Responsa vim juris non habere, nec in judicando attendenda esse, facilè concedunt omnes. Etsi enim Prudentum Responsa necessariam olim autoritatem habuerunt, nec Judici à Responsis illorum recedere licuit *§ responsa, Institut. de de jure nat. gent. & civil.* Posteaquam tamen Justinianus Jura in ordinem redegit, & ex illis solis, quas ipse præscripsit, sanctionibus, jus dici voluit, aliter id habere cœpit, & quam antea autoritatem Jureconsultorum sententiæ obtinuerunt, Justiniani sanctione ipsis præcisa & adempta fuit, ut videre est in constitutione Digestis præmissâ; At si communis sit omnium vel plurium opinio, An non ea saltem necessariam autoritatem, & vim legis habeat, dubitari solet? Plerique volunt communem Doctorum opinionem vim legis obtinere & jus facere, ita ut judici ab ea recedere non liceat, & si recesserit, decretum ipso jure nullum existat, non secus ac sententia contra jus scriptum lata ipso jure nulla existit, *teste Jureconsulto in l. 1. §. item cum contra, D. quæ sentent. sin. appell. rescind.* Unde & studiosè inquiri, & ab interpretibus annotari solet, quænam in proposito themate, quod tractandum vel exponendum susceperunt sit communis & recepta opinio, *pro ut videre est apud Iul. Clarum Anton. Gabrielem, Francisc. Vivium, Villalobum, Galmalium, & alios receptarum sententiarum collectores.*

Atque ita sentiunt & opinantur Bart. *ad l. 2. num. 5. C. de pæn. iudic. qui mal. judic.* Francisc. Vivius *commun. opinion. lib. 1. § judex in judicando,* Soarez *in Thesaur. recept. sentent. lit. O. num. 18. cum sequentib.* Turzan. *in tract. commun. opinion. opin. 160. num. 2* Galiaula *in repetit. l. centurio, num. 291. ff. de vulg. & pupill. substit.* Berous *consil 91. numer. 17.* Corset. *singul. 206.* Nevisan. *in sylv. nupt. lib. 5. n. 20.* Guid. Pap. *decis. 277* Menoch *2 præsumpt. 71. n. 1. cum seqq* Felin. *in c 1. num. 54. extr. de constitut.* Panorm. *in d. c. 1. num. 15.* Zoanell. *de necessaria defens. part. 1. numer. 108.* Grat. *1. cons. 77. n. 4.* Sebastian. Medices *in tract. de legib. & statut. part. 2. quæst. 16. num. 7.* Villalob *in tract. commun. opinion. num 107.* Socin. *cons. 155. colum. 3.* Geil. *1. observat. 153. numer. 5.* Coler *de process. execut.*

execut. part. 1. cap. 6. num. 101. Schneidw. *ad princip. Institut. de obligat. quæ ex qu. delict. nasc. num. 16.* Linius *ibid. & ad §. responsa quoque, Institut. de jur. nat. gent. & civ.* Bocer. *in disputat. de q delictis thes. 8.* Philip. Matth. *lib. 2 consil. Marpurg. 26. n. 135. & consil. 29. numer. 127.* Gœdd. *lib. 3. consil. Marpurg. consil. 27. num. 62. ubi ait non facile à communi & recepta opinione esse recedendum,* Dionys. Gothofred *in notis ad Novell. 18. cap. 5.* & alii plures, quos magno numero, allegat & sequitur Anton. Maria Corat. in peculiari tractat. de communibus opinionibus *libr. 2. cap. 8.* quam novissimè defendit Marquardus Freher. *in tractat. de fama cap. ult. per tot.*

Sunt contrà alii, quibus sententia illa displicet, statuentibus, si quam autoritatem habeant communes Doctorum opiniones illam non necessariam, sed probabilem tantum fore, prout inter alios annotarunt Zas. 2. *singul. respons. 1.* Matheac. *de via & ration. iur. lib. 2. cap. 26.* Ronchogal. *ad l. 3. de duobus reis stipul. & promit.* Blarer. *in tract. ad l. diffamari C. de ingen. manumis. cap. 6. n 51.* Alciat. *1. præsum. 51 numer. 3.* Vaud. *1. quæst. 10.* Nicol. Vigel. *in Dialect. jur. libro 2. loc. ab autoritate, idem in methodo juris controvers. libr. 1. cap. 4. titul. de opin. Doctor.* Borch. *De verborum obligat. cap. 2. numer. 51. cum sequentib. ubi pro hac sententia allegat.* Jason *in authent. novissima. numer. 22. Cod. de inoffic. testament.* Johan. And. *in cap. 1. extr. de constitut.* Curt Jun. *consil. 29. numer. 11. in fin.* Menoch. *consil 39. num. ult.* Thom. Grammatic. *consil. 157.* quibus adde dominum Vult. *ad §. Responsa. Institut. de iur. natur. gent. & civ.* Corras. *ad l. unic. de offic. quæst.* Tileman *libr. 3 disput. pen. coroll. 6.* fac. quod scribit Cujac. *22. observ. 16.*

Pars utraque sententiæ suæ rationes & argumenta adinvenit benè multa; de quibus antequam videamus, pro majori intellectu, præmittendum, quamnam communem opinionem interpretes supra relati nominent, quid eo sit, & quomodo definiatur ante omnia enim cognoscenda venit quæstio, quid sit, momente ita Tullio in officiis.

Alii aliter definiunt, ut videre est apud Anton. Marcorat

in tractat. de communib. opinionib. lib. 1. tit. 1. n. 11. Receptior & perfectior nobis videtur definitio quam refert Marquard. Freher *tractat. de fama cap ult. n. 11. ubi post Lancellotum & Salamonium*, communem opinionem definit, quod sit de jure non aperto ab omnibus vel plerisque approbata sententia. Dixi, *de jure non aperto*; siquidem communis opinio locum habet duntaxat in casibus & quæstionibus dubiis, in quibus legis decisio clara non extat, nec enim dicitur de his quæ legibus certo sunt definita, nec quid dubii habent, qualia sunt certissima illa juris axiomata, quod fides sit servanda, quod vim vi repellere liceat, quod unicus testis nihil probet, & ejus generis alia, circa quæ Doctorum autoritas, & adstipulatio planè est supervacua, & perperam ad ea asserenda communis citatur opinio, ut benè monuit Freher. dict. loc. Dixi, *Ab omnibus vel plerisque*, nec enim necesse est, ut ab omnibus communiter juris Interpretibus ita doceatur, & sit communis omnium docentium & scribentium vox & approbatio, sed sufficit plerisque ita placere, utcunque alii quæstionem de qua agitur non attigerint, aut in contraria sint sententia. Nec tamen quod duo forte, tres, vel quatuor autumant, sed quod magna eorum pars tradit, recepta sententia & communis opinio dici poterit. Quinam verò, & quot ad constituendam communem opinionem desiderentur non satis convenit inter Interpretes. Numerum septenarium ad constituendam communem opinionem sufficere, & satis esse, si pro allegata sententia septem Doctorum citetur autoritas, modo inter illos sit Bartolus vel alius eximiæ autoritatis, docet Ant. Mar. Corat. *in tract. de communib. opinionib. libr. 1. tit. 3. n. 18.* quam sententiam probat, & sequitur Marquard. Freher. *in tractat. de fama cap. ult. num. 14.* eo quod in rebus quibusque maximi momenti, & præjudicii septem testium numerus pro idoneo, & sufficienti habitus fuerit, puta ad solennitatem fidemque testamenti *l. hac consultissima l. fin. C. de testament.* ad examen & probationem scholaris *l. si quis C. de professorib. & medic.* & quòd idem numerus ad jus ex autoritate Jureconsultorum constituendum olim etiam Imperatoribus sufficere visus fuerit, prout latè deducit dict. loc. Quæ senten-

ſententia admitti quidem poſſet, ſi non adſit contradictor, at ſi in utramque partem Doctorum autoritates extent, nec inter ſe conveniant Interpretes, illa communis cenſebitur opinio, pro qua major ſtet Autorum numerus, aut quam judex autoritates ponderando communiorem reputet; nec enim autoritates prçcisè numerandæ, & ex numero Autorum communis opinio conſtituenda, ſed differentia inter autores facienda, num nudè attingant articulum, de quo agitur, an plenè tractarint, cum conſtet Doctorem, qui ex profeſſo materiam aliquam ſuſcipit tractandam & explicandam omnes ingenii vires intenturum, ut illam quantum poteſt elaboratè & perfectè abſolvat, ut ſic ſuis auditoribus veritatem tradere, ſibique famam & honorem comparare queat, annotante Mynſingero *6. obſervat. 60. num. 1.* Quid verò ſi apud unum & eundem diverſæ inveniantur opiniones, quarum alteram in conſiliis, alteram in lecturis tenuit, utra præferri, & in conſtituenda communi opinione attendi debebit? Tractant hanc quæſtionem Nevizan. *in ſylva nupt. lib. 6. n. 26.* Cagnol. *ad l. nemo poteſt n. 9. de reg. jur.* Mynſing. *6. obſervat. 60.* Sunt qui putant, conſilia lecturis præferenda eſſe, quos refert & ſequitur Nevizan. dict. loco. Sunt contra alii, qui exiſtimant, majorem lecturis & tractatibus fidem adhibendam eſſe, uti ſentiunt Zaſ. *lib. 1. ſingular. reſponſ. cap. 7. n. 11.* Schurf. *2. conſil. 2. n. 18.* Alciat. *libr. 2. parerg. cap. ult.* Fichard. *in addit. ad Villalob verb. opinio.* Et hanc ſententiam veluti veriorem, ab Aſſeſſorib. Cameræ Imperialis non ſemel approbatam fuiſſe, refert Mynſing. *dict. obſerv. 60. n. 3.* Siquidem in conſulendo multum affectioni, gratiæ, inimicitiis, ſæpè & nummis dari ſolet, prout in comperto eſt, & ocularis demonſtratio indies docet; unde & Doctores conſulentes, ut plurimum, non ſolùm inter ſe diſſentire, ſed & ſæpè numero ſibi ipſis contradicere, & diverſis conſiliis diverſa ſtatuere videmus, at Doctores ex profeſſo jura interpretantes omnia diligenter perpendere, digerere, & ſecundum veritatem auditoribus ſuis tradere ſolent, nec nummorum amore, aliisve affectibus à veritate avocantur.

His ita pro majori intellectu præmiſſis, videamus utriuſque

partis rationes & argumenta: Qui statuunt, quod judex in judicando, communem scribentium opinionem non minus quàm leges ipsas attendere, & secundum eam jus dicere teneatur, argumentantur *Primo*, ab observantia & stylo fori. A stylo & consuetudine fori recedendum nō esse, communis est omnium practicorum theorica, comprobata in recessu Imperii de anno 1570. §. derhalben/77. ubi stylus Cameræ, & mos vetus, tum in processibus decernendis tum decidendis causis immutabiliter retineri præcipitur; quod idem & ante & post illum recessum judicii Cameralis Judex & Adsessores non semel jussi fuerunt observare. Et ut commodius id fieret Adsessores seniores, longo usu exercitati in memoriali de anno 62. §. 5. monentur ut receptum stylum scripto comprehendant, & junioribus tradant; quod idem postea repetitum fuit in memoriali 23. Maii de anno 70. judici & Assessoribus dato, ubi juniores ex senioribus stylum addiscere jubentur, facit memoriale de anno 64. §. 4. ubi in concipiendis sententiis vetus forma juxta stylum retineri mandatur, unde & in recessu deputationis de anno 1600. §. dieweil aber 17. judicia inferiora ad modum & formam judicii Cameralis reformari, ac secundum stylum, & consuetudinem Cameræ ordinari & conformari jubentur, fac. *c. cum omnes, extr. de constitutionibus*. Jam verò ita receptum est, inquiunt, stylo & usu fori ut in ferendis sententiis communis Doctorum opinio attendatur, & secundum eam sententia concipiatur.

Argumentantur *deinde* à primæva communium opinionum origine; non novum est, inquiunt, inventum, ut Doctorum & scribentium Autoritates colligantur, & in judicando plurium suffragia attendantur, cum idem jam olim veteres Jureconsulti, ex quorum scriptis Digesta compilata fuerunt in more habuerint; quo enim ab iis dicta vim & autoritatem juris habeant consuetudo ipsis fuit æqualium aut superiorum autoritatem, sententiis & opinionibus suis fulciendis, ne singulares & absurdæ viderentur, adjungere, ac numero quasi & autoritate adstipulatorum certare; quam ad rem adducunt textum *in l. 20. ff. de jur. dot.* ubi Paulus in

com-

comprobationem sententiæ suæ, autoritates Juliani, Aristonis, Neratii & Pomponii citat, indeque conclusionem facit. Addunt textum *l. si ego 26 ff. de acquir hered.* ubi idem Paul. sententiæ suæ autores citat Pomponium, Marcellum, & Julianum; confert, *l si postulante 67 ff ad Trebel* ubi Jureconsultus Valens autoritate Octaveni assertionem suam comprobat. Sic & Celsus Jureconsult. *in l si cui 9. de servitutib.* sententiæ suæ autorem & adstipulatorem laudat Sabinum; possent & alia plura ad idem comprobandum afferri exempla, nisi jam ante de stylo & more hujusmodi constaret, & ex lectione Digestorum ultrò occurrerent, quo faciunt quæ tradit Petr. Fab. *1. semest. 21.*

Tertiò argumentantur à necessario. Necessitatem rerum hoc planè exigere ut communi opinio in judicando attendatur ait post alios Marquard. Freher. *in tractat. de fama cap. ultim. numer. 7.* prout enim cum de veritate alicujus facti quæritur, quæ in specie à singulis personis haberi nequeat ad id recurrimus, quod communiter creditur, idque pro veritate habetur, quod vel omnes vel major pars hominum ejus loci in quo factum esse dicitur vulgo credunt, ita & cum de jure nostro neque omnes casus comprehendente, neque ubique satis claro ambigi contingit, necessitas rerum exigit, ut in tanta opinionum contrarietate ac confusione, cum aliter veritas haberi non possit, illa in consulendo & judicando attendatur opinio, quæ vel ab omnibus vel à plerisq; Doctoribus, qui super ea quæstione vel materia scripserunt, recepta & approbata fuit.

Quartò argumentantur ab absurdo & inconvenienti. Nisi enim communis opinio attendenda foret, & pro lege haberetur, infiniti casus manerent indecisi, monentibus Jasone & Castrensi *in l. 97. de acquirend. hered.* & Marior Salomon. *ad §. responsa, Institut. de jure nat. gent. & civ.* Freher. *dict. cap. ultim numer. 17.* siquidem leges ita scribi non possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint comprehendantur, teste Juliano *in l. 10. cum 2. seqq ff. de legib.* & Ulpiano *in l 13. eod.* Unde cum ipsimet Jureconsulti de imperfectione legum attestentur, & justa rõe, quæ legi desunt, supplere jubeant, justiorem supplen-

supplendi rationem dari non posse putant, quàm si id quod communiter ab omnibus vel plerisque æquum visum fuit pro jure & lege recipiatur, & in judicando attendatur.

Quintum sententiæ suæ fundamentum sumunt à veresimili Verisimile est, inquiunt, veritatem à pluribus longè certius inveniri, quàm à paucioribus, facilius quippe invenitur, quòd à pluribus quæritur, ait Papa Innocentius *in c. ult. distinct. 20.* & notat post Bald. Everhard. *in loc. à lege cessante*; cum enim oculi plus videant quàm oculus, ut vulgatum habet proverbium in naturâ fundatum, ubi duo plus sunt uno, & secundum Aristotelem acrius sit multorum, quàm unius vel alterius, cujuspiam de quaque re judicium, non abs re nec de nihilo esse creditur, quod ore vulgi jactatur, ac merito multitudinis idem sentientis credulitas & attestatio spectatur ac attenditur. Quod ut in quæstionibus facti sine dubitatione recipitur, sic & cum de jure quæritur, communem & consonam Doctorum sententiam, plurimorum oculis visam, & ingeniorum acuminibus hinc inde examinatam, meritò recipiendam & sequendam esse censent, ut ita & hîc locum habeat vulgo notum Planudis dicterium, judicium populi nunquam contempseris unus, & illud Varronis contra omnes sapere, esse desipere, referente Tiraq. *in tract. de pæn. temperand. caus. 61. n. 64.* Anton. Mar. Corat. *lib. 2. de communib. opinion. tit. 8. num. 26.*

Id quod, *Sextò*, ipse Hieronymus faciendum monet, *ut refertur in cap. 5. extr. de constitutionibus.* Ne innitaris, inquit, prudentiæ tuæ, prudentiæ verò suæ innititur, qui ea quæ sibi agenda vel dicenda videntur, patrum decretis præponit; unde inferunt, sequendum esse id, quod à plurimis comprobetur, non quod uni fortè verius videatur.

Cui *Septimò* accedit dictum Innocentii *in cap. 5. distinct. 64.* ubi, integrum, inquit, est judicium, quod plurimorum sententiis confirmatur; repetitum & ad hypothesin translatum à Celestino Papa *in c. prudentiam 21. in fin. princip. extr. de offic. & potest. judic. deleg. ubi Abbas concord. c. 1. versic. quod etiam. libr. 5. Clementin. tit. 10.*

Quo

Quo faciunt *octavò* quæ habentur & disputantur *in l. ult. §. lex enim, C. de fideicom.* ubi eam ob causam major testium numerus in testamentis requiri dicitur, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, & ut per plures homines, & ampliorem testium numerum perfectissima veritas reveletur. Quid ni igitur & in articulo juris controverso ad pluralitatem attestantium respiciendum foret?

Testantur quippe (quod est *nonum* præsentis opinionis fundamentum) Doctores & interpretes de veritate juris, suntq; juris nostri testes, ut appellantur à Bald. *in l. fin. notab. 2. num. 2. C. si cert. petat.* Alciat. *in l. 1. num. 44. ff. de reb. cred. & 1. consil. 470. num. 1.* Zas. *ad l. 2. num. 86. de orig. jur.* Fabr. *in comment. Institut. circ. princip. num. 2.* Freher. *d. c. ult. num. 3. & 29.* per text. *in l. 2. §. post hunc. de origin. jur.* ubi Jureconsulti, dum consulentibus respondent, de jure ipsis testari, & testimonium perhibere dicuntur; cui concord. text. *in l. penult. C. de condict. indeb.* ubi Salvius Julianus, juris ibique relatæ sententiæ testis subtilissimus nuncupatur; *& l. fin. C. de his qui in eccles. manum.* ubi interpretes disertis verbis testes juris dicuntur. Atqui testibus credendum, & fidem omnimodo habendam esse, juris est noti, & comprobant, qui sunt tum Civili tum Canonico jure, De testibus, tituli & tractatus editi.

Decimo pro asserenda communium opinionum autoritate affertur, *l. 12. § sed si fundus 27. de instruct. & instrum. legat.* ubi cum Sabini sententia de jure itidem asserto quotidie increscere & invalescere dicatur, inde autoritatem communis opinionis satis comprobari putarit.

Undecimo adducitur *l. Athletas, de his qui notant. infam.* ubi Ulpian Jureconsult. Sabini & Cassii opinionem, tanquam generaliter ab omnibus approbatam, ut habent verba textus sequitur.

Duodecimo allegant *l. 17. de jure patronat.* ubi opinio quæ plurium autoritate nitebatur recepta legitur.

Decimotertio affertur *l. 13. §. 2. de excusat. tutor.* ubi Modestinus in sententiæ suæ confirmationem plurium autoritates citat.

Decimoquarto afferunt *l. 37. cum l. seq. de legib.* ubi Paul. si de interpretatione legis, inquit, quæratur, in primis inspiciendum est, quo jure civitas retrò in ejusmodi casibus usa fuisset, optima enim est legum interpres consuetudo; indeque inferunt quod ab opinione communniter recepta, & consuetudine jurisdicundi, per innovationem & ingenii ostentationem recedi non debeat.

Decimoquinto, eodem facere creditur, *l. 23. ejusdem tituli*, ubi idem Paul. minimè, inquit, sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt.

Decimosextò non parum pro asserenda communis opinionis autoritate facere videtur, quod antiquius singulorum etiam Jureconsultorum responsa necessariam habuerint autoritatem, nec judici à responsis illorum recedere licuerit, *ut refertur in §. responsa quoq. Instit. de jur. nat. gent. & civ.* Ac licet postea à Justinian. aliter id constitutũ & dispositum inveniatur, non infirmum tamen inde sumi argumentum ad stabiliendam communem opinionem in his quæ vel nullo vel non satis claro jure decisa sunt: ut ita quod olim singulis datum fuit Jureconsultis, illud hodie detur & permittatur plurimis in idem respondentibus, cum non minus priscis temporibus inter Jureconsultos dissensiones fuerint, ac hodie sunt, nec nostra tempora quoad viros doctos superioribus cedant; & aliàs etiam multa indecisa maneant, si ad decisionem casuum noviter emergentium, nec jure Justinianeo definitorum non liceret ad autoritates Jureconsultorum confugere, indeque decisiones petere, maximè cũ quid olim obtinuit, ut Imperatores juris altercationes tollant, & casus noviter emergentes novis constitutionibus definiant, hodie non obtineat, nec etiam in comitiis Imperii magna ejus ratio haberi soleat, ut ita rerum necessitas antiquam juris constituendi rationem, si non in totum pro parte tamen revocare videatur.

Adducunt *decimoseptimo* quod in jure nostro non rarò ad decidendas controversias aliorum quoque excellentium Autorum opinio adhibeatur puta Platonis *in l. 2. de nundin.* Aristotelis *in l. si pater 36. de*

36. de ſolutionib. Ciceronis *in l. Cicero 39. de pœn. l. littus 96. de verb ſignif.* Hippocratis *in l. 12. de ſtat. hom.* Homeri *in l. 1. de contrahend. empt.* Virgilii *in l. 6. §. fin. de rer. diviſ.* indeque inferunt, quod multo magis plurium Jureconſultorum idem ſentientium autoritas prævalere debeat, cum aliàs etiam cuilibet artifici in ſua arte credi debeat.

Decimooctavo ſententiam hanc ſolidè probari putant per *l. 1. de offic. quæſtor.* ubi cum diverſæ opiniones de origine quæſtorum, quando & quo tempore illi primum cœperint, relatæ eſſent, ſubjicit Ulpian. crebriorem apud veteres opinionem eſſe Tullum Hoſtilium in Rempublicam primùm induxiſſe Quæſtores; quo ipſo ſatis innuere videtur, quod in dubio juris articulo, ubi diſſonæ ſunt Jureconſultorum ſententiæ attendi debeat, quænam ſit crebrior, & communiori calculo approbata ſententia, pro ut Doctores communiter ita inferunt, & allatam legem pro aſſerenda autoritate communium opinionum citant.

Idem *decimonono* ab eodem Ulpian. tradi putant *in l. 1. de ſenatoribus.* ubi cum quæſitum eſſet, quænam ſint & dicantur conſulares fœminæ, & verò Saturninus non tantum conſularium virorum uxores, ſed & ipſorum matres conſulares fœminas eſſe annotaſſet, Ulpianus illud nec uſquam relatum eſſe, nec unquam receptum ſubjicit; cui conſequens videtur Receptas Doctorum ſententias & communes opiniones ſequendas, & pro lege habendas eſſe, nec inde reſpondendo vel judicando recedere licere.

Addunt *viceſimo l. pro hærede 20. de acquir. vel omittend. hæred.* ubi cum Papinianus dixiſſet, quod licet aliàs repudiata hæreditate hæres oneribus hæreditariis obligatus non ſit, nec actionibus hæreditariis teneatur, id tamen ſecus ſe habeat, ſi repudians à ſtatu libero pecuniam conditionis implendæ cauſa accepiſſet; pro ratione ejus ſententiæ affertur, quod *vulgo quidam* ita putarint.

Vicesimo primo à nonnullis affertur *l. ita vulneratus 51. in princ. ad l. Aquil.* ubi quisnam occidisse dicatur, ex vulgo hominum definitur. Quod idem fit *in l. 21. ib. posteaquam placuit inter omnes ICtos D. de compensat.*

Vicesimo secundo afferunt *l. 2. de constitut. princ.* ubi Ulpian. in rebus novis constituendis, evidens, inquit, utilitas esse debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu æquum visum est.

Adducunt *vicesimo tertio*, quod veritas & communis opinio æquiparētur, ac opinio communis pro veritate habeatur, pro ut post Affl. ct. pro communi opinione, & ejus autoritate ita infert Andr. Geil. *1. observat. 153. num. 5.* per text. *in l. 3. de offic prator.* ubi licet Barbarius Philippus præturâ fungi nō potuit, eò quod servus fuit, quia tamen communi hominum opinione pro libero fuit habitus, rata permansisse ea quæ edixit, quæque decrevit ex Pompon. refert Ulpian. *d. l. 3.* & pluribus persequitur Marquard. Freher. *de fama. libr. 2. c. 8. n. 8.* consimile exemplum extat *in §. sed cum. 7. Institut. de testament. ordinand.* ubi cum quis ex testibus eo, quo testamentum fiebat, tempore, omnium opinione liber existimatus esset, postea autem servus detegeretur, ab Imperatoribus rescriptum fuit, subvenire se testamento ut sic habeatur firmum, ac si ut oportebat factum esset, cum eo tempore quo testamentum signaretur omnium consensu testis iste liberi loco fuerit.

Sic, valere sententiam latam à judice excommunicata qui cōmuni opinione habebatur pro habili & legitimo scribit Marquard. Freher. *de fama, lib. 2. c. 8. nu. 8.* allegans ad id text. *in c. ad probandum 24. de sentent. & rejudicat.* quemadmodum & valent instrumenta confecta à Notario excommunicato, qui communi opinione reputabatur non excommunicatus, *ut ex gl. in c. decernimus. de senten. excommunic. in 6. refert idem Freher. dict. loc.* Quod idem comprobatum redditur exemplo filiifam. pecuniam mutuo sumentis, valet quippe & obligat mutuum, quod accipit filiusfamil. qui communi opinione reputatur esse sui juris text. *in l. 3 ff. ad Senatusc. Macedon. & l. 2. C. eod.* ita & solvens ei, qui communi opinione reputatur procurator creditoris

digoris ad exigendas pecunias, liberatur, quamvis non sit procurator *l. si quis 18. de solutionib. l. pen. de reb. cred.* Eodem modo valet præsentatio ab eo facta, qui communi opinione existimatur esse Patronus, & est in possessione ejus rei, nec vitiatur, licet postea appareat, non fuisse Patronum *c. consultationibus, extr. de jur. patronat. c. querelam, extr. de electionib.* Sic & valet instrumentum, confectum à non Notario, qui communi opinione reputatus est Notarius, utcunque nunquam creatus fuit Notarius Freher. *dict. cap. 8. n. 13. ubi plures hujus sententiæ Autores citat.* Similiter si communi hominum opinione mulier quæpiam existimetur, maritum non habere, cum tamen habeat, contractus ab ea inscio marito factus, modo non vergat in præjudicium mariti, valet juxt. Innocent. *in c. consuluit, extr. de procuratorib.* Quæ & ejus generis alia refert & latè deducit Marquard. Freher. *de fama. cap 8.* & interpp. communiter *ad l. Barbarius Philippus, ff. de offic. prætor.*

Vicesimum quartum sententiæ hujus fundamentum petunt ex *l. non solum 11. §. 3 de injur.* ubi Ulpian. si mandatum eo, inquit, facta sit alicui injuria, Plerique putant, tam me qui mandavi, tam eũ qui suscepit, injuriarum teneri, ubi cum Ulpian. pro ratione decidendi allegat, quod plerique ex Jureconsf. in quæstione proposita ita placeat, in aliis etiam juris articulis eodem argumentandi genere ubi licere, illamque, plures quæ habet autores, opinionem sequendam esse inferunt.

Vicesimum quintum sententiæ suæ fundamentum sumunt *ex princip. Institut. de heredib. instituend.* ubi quod proprius servus non aliter quàm cum libertate olim hæres institui potuerit, ex eo factum arguitur, quod plurium sententia & opinio ita fuerit.

Vicesimum sextum argumentum desumitur ex *l. 18. de in jus voc.* ubi quod de domo sua nemo in jus vocari possit, ex eo probat Cajus, quod plerique Jureconsultorum, interpretando prætoris edictum, ita putarint.

Vicesimoseptimo opinionẽ illam solidè confirmari putant constitutione Theodosii, quæ extat *in l. unic. C. Theodos. de responsis pruden-*

tum lib. 1. tit. 4. ubi Imperator, si, inquit, diversæ prudentum sententiæ proferantur potior numerus vincat authorum, si numerus æqualis sit ejus partis præcedat autoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus, ubi autem pares eorum sententiæ recitantur, quorum par censetur autoritas, quod sequi debeat eligat moderatio judicantis; hactenus verba legis, *recitata à Freher. dict. cap. ultim. num. 34.* Ac licet constitutio illa Codici Justinianeo non sit inserta, cum tamen contrarium ejus constitutum nō sit illam etiamnum in interpretandis legibus & decisionibus juris controversi, pro regula & norma habendam esse volunt.

Vicesimooctavo apertus hujus sententiæ textus extare censetur *in c. novimus, extr. de verb. signif.* ubi cum circa degradationem clerici diversæ anteriorum Pontificum extarent responsæ, Innocentius Tertius opinionem à pluribus approbatam secutus fuit.

Vicesimonono, non minus clarus hujus sententiæ textus extare creditur *in cap. quamvis, extr. de appellat. lib. 2. Clementinar. titul. 12.* ubi Clemens Papa id quod communiter observatum & receptum fuit juris rigori præferri; quamvis, inquit, rigor juris exposcat, eum qui appellat debere petere Apostolos congruo loco & tempore, sæpius & instanter, nos tamen, antiquam & communem observantiam litigantium sequi & æquitatem rigori præferri volentes, decernimus sufficere, quod per Appellantem simul uno contextu Apostoli instanter & sæpius postulentur.

Tricesimo affertur *c. 2. caus. 3. quæst. 3.* ubi cum circa dilationes Episcopo accusato dandas ea comprobetur sententia, in qua plurimi concordent, in aliis etiam, ad id quod crebrius placuit, respiciendum esse volunt.

Tricesimoprimo afferri solet *cap. primum versic. quod etiam, de sentent. excommunicat. libr. 5. Clementin. titul. 10.* ubi in provinciali concilio statutum præfertur ei, quod à prelato provinciæ statutum fuit, cum majus sit provinciale concilium quàm singularis prælati provin-

provinciæ, ac integrum judicium, quod plurimorum sententiis comprobatur.

Tricesimosecundo adducitur *c. in Canonicis. 6. distinct. 19.* ubi D. Augustinus, de Epistolis Apostolicæ sedis, & interprete divinarum scripturarum, Tenebit, inquit, hunc modum in scripturis Canonicis, ut eas, quæ ab omnibus recipiuntur Ecclesiis præponat eis, quas quædam non accipiunt, in eis verò, quæ non accipiuntur ab omnibus, præponat eas quas plures gravioresq; accipiunt eis, quas pauciores minorisque autoritatis Ecclesiæ tenent.

Cui tricesimotertio accedit c. relatum, distin. 37. ubi sacram Scripturam nõ secundum propriam ingenii intelligentiam, sed secundum ea quæ à majoribus accepimus exaudire jubemur.

Tricesimoquarto adducunt. *c. 1. cum seq. distinct. 65.* ubi si cæteris consentientibus ordinationi Episcoporum, duo vel tres contradicunt, sententia plurimorum obtinere jubetur.

Facit *tricesimoquinto*; quod aliàs etiam majora vota præponderant, & in determinandis hominum negotiis, maximè publicis, plurium suffragia attendantur, per regulam traditam *in l. 160. §. 1. de reg. jur.* ubi Ulpian. refertur, inquit, ad universos, quod publicè fit per majorem partem, *Dec. Cagnol. Hyppol. à collib. & alii ibid. Dyn. in c. quod omnes. de reg. jur. in 6. Baptist. à Villaloh. in thesaur. commun. opinion. lit. M. num. 2. Soarez. in eod. tract. lit. M. num. 10. Capr. lit. V. num. 9. Cacheran. decis. 39. num. 2. Capic. decis. 4. nu. 1. idem decis. 39. in princ. & decis. 148. n. 5. Felin. in c. cum omnes, extr. de constit. c. non potest. de re judic. c. dilectus. in fin. extr. de Simon. gl. in Clement. pastoralis. in princ. de rescript. Abbas in c. cum in veteri extr. de electionib. Dec. in c. prudentiam, n. 40. extr. de offic. deleg. Zas. in paratitl. Digest. quod cujusq; univers. nom. Duaren. ibid. c. 2. Bender. de revision. concl. 4. num. 69. cum seq. & alii plures, allegati ab autore deductionis in causa Fridberg contra Fridberg. cap. 11. n. 7.* cujus juris ratio consistit in utilitate publica, ne nonnullorum absentia vel cõtradictio debilitet, quod à majori parte fuerit constitutum *l. nominationum 46. de decurionib.* quippe cum homines faciles sint ad dissentiẽdum *l. qui poterat, ad Trebell.* & ut inquit gloss. *in d. l. 160. de regul. jur.*

VIX.

vix fieri possit ut in multitudine omnes consentiant. Quare ut negotia universitatum rectè expediantur & ne quorundam absentiâ vel contradictione utilitas publica (*quæ semper præferenda est privatæ l. utilitas, C. de principib. l. fin. § fin. C de caduc. tollend.*) impediatur, bono publico receptum est, ne sit necesse omnes consentia, sed plurium suffragia attendantur, & secundum illa in his quæ sunt communia pluribus, non ut singulis, sed ut universis majori parti stetur, & pro deciso habeatur, quod pluribus placuit, *eleg Bodin. de Republ. lib. 2. c. 6. idem libr. 2. c. 7. & lib. 6. c. 4. ubi ait in omni cœtu & collegio legitimo majorem partem ubiq; potiorem esse, nec suffragia ad pondus exigi, sed ad numerum*; in tantum ut etiamsi major pars erat, nihilominus valeat quod ab ista agitur; Immò nec per statutum vel consuetudinem introduci posse, ne in causis universitatum & collegiorum major pars concludat, tenet gl. & Dd. *ad d. l. 160. de reg. jur.* Abb. *in c. 1. de his quæ fiunt à major. part. capit.* Dec. *ad d. l. 160. §. 1. & ad c. cum omnes. ext. de constitutionib.* quia hoc ipso impediretur salus publica, quovis aliàs modo promovenda. Exempla ubi pluralitas votorum attenditur, majorique parti statur hinc inde occurrunt, & qui comitiis Imperii circulorum convenientibus, aliisque communitatum cœtibus interfuerunt, obvia sunt quàm plurima; siquidem in comitiis Imperii, circulorum conventibus, communitatum cœtibus, aliisq; congregationibus & collegiis circa deliberationes causarum eo pertinentium majora vota attendi, & quod per majora obtinet pro decreto haberi præter quotidianam experientiam, ex Imperii, circulorum, aliorumque conventuum recessibus, statutis & ordinationibus, ad oculum patet. De capitularibus & electione ab ipsis facienda exemplum extat *in c. cum nobis 19. ext. de electionib & elect. potest.* ubi quod duæ partes capituli circa electionem statuunt, totum capitulum statuere censetur, per minorem verò capituli facta electio non tenet *c. auditis 29 eod.* Idem in quibusvis aliis electionibus receptum est, ut nimirum si dissensus sit inter votantes stetur sententiæ majoris partis *c. 21. c. 33. c. 34. c. 35. c. 40. de electionib. c. 1. & tot. tit. de his quæ fiunt à maior. part. capit. Menoch. 6. præsumpt 85 num. 1. & 2.* ubi rationem subjungit, quia

git, quia quo major est eligentium numerus, eo majori zelo electio facta præsumitur & creditur prudenter ac sapienter factum, quod à pluribus fit *c. prudentiam, extr. de offic. deleg. Autor deductionis Fridbergens. d. c. 11. n. 18. cum seqq.* De electione Imperatoris exemplum extat *in c. venerabilem, extr. de electionib. & electi potest.* ubi electio Imperatoris per majorem partem electorum facta tenet, ac perinde habetur, ac si ab omnibus unanimiter nullo penitus dissentiente facta sit; quod idem etiam in Aurea Bulla Caroli IV. *c. 2. § postea quam autem, versic. præstito per electores juramento*, constitutum legimus. Idem in collegio Cardinalium circa electionem Papæ observatur, & cui majora vota obtigerunt pro electo habetur *c. licet, extr. de electionib. c. ut periculum, eod. in 6.* Sic & in Tribubus & collegiis artificum statur majoritati votorum, & quod pluribus placuit, attenditur, usu & observantia teste In pactis etiam cum debitore ineundis, de constituendis terminis solutionum vel remissione partis debiti, si creditores inter se dissentiant majoris partis voluntatem prætor sequetur, ut ait Ulpian. *in l. 7. § fin. de pact. cui concord. l. fin. C qui bon. ced. poss.* ubi an detur dilatio vel admittatur cessio statur majori parti creditorũ. Similiter inter confœderatos & unitos majora pro omnium votis reputantur, majorque pars confœderatorum principum & communitatum in causis fœderis concludit, licet minor pars contradicat, cum regantur ad instar unius corporis *Martin. Laudens. in tract. de confœderat. princip. conclus. 44.* uti ut in militiis & deliberationibus bellicis pluralitas votorum vincit *Azzoguid. lib 3. de communib. opinionib. c. 7 nu. 21. ex quo id refert Autor allegatæ deductionis pro civitate Fridbergensi numer. 25.* Sic medicis discordantibus, sitne vulnus lethale statur dicto majoris partis, referente *Angel. Aretin. in tractat. malefic. Geil. 2 obs. 111. n. 10. 11. 23.* Eodem modo in collectis imponendis statur pluralitati votorum, & per majora vota obligantur etiam absentes & contradicentes, ut tradunt Rosenth. *de feud. cap. 5. conclus. 75 num. 1.* Wesenbec. *1 cons. 18. num. 31.* & comprobat Recessus Imperii *de anno 1500. §* nach dem auch/ & Recessus *de anno 1512. §.* Es sollen auch. Similiter in faciendis decretis & statutis condendis, id quod pluribus

æquum visum fuit, pro jure statuitur; quod enim major pars curiæ effecit pro eo habetur ac si omnes egissent, *l. 19 ff. ad municipal. junct. l. 3. de decret. ab ord. faciend.*

Æquè in nominandis & recipiendis decurionibus sufficit duas Senatus partes adfuisse, & consensisse, nec quod à majori parte ordinis salubriter fuit constitutum, paucorum absentiâ vel contradictione debilitatur *l. nominationum, 46. C. de decurionib.* Sic in constituendo Syndico duas Decurionum partes consensisse & mandatum dedisse sufficit *l 3. cum seq ff. quod cujusq; universat. nom.*

Denique in sententiis ferendis, si pluribus uno jurisdicundi potestas concessa sit, major numerus votorum minorem superat & pro sententia habetur, quod pluribus placuit, *l. Pomponius 36. l. duo ex tribus 39. ff de re judic. l. 18 l 20. cum l sequent. & l. diem proferre, § si plures, ff. de recept. arbitr. Immola ad d. l 36. de re judic. Zas. ibid. numer. 6. 13. & 15. Idem ad d. l. duo ex tribus, num. ultim.* utcunque in contraria sententia sint digniores & ætate grandiores; ne enim contentiones oriantur inter Judices de ipsorum dignitate & conditione, bono publico introductum & usu receptum in sententiis ferendis vota numerari potius quàm ponderari, siquidem nulla aliàs pax esse posset, in eo quid certi determinari semper prætendentibus his vel illis se esse digniores Zas. *ad l. inter pares, de re judic. numer. 5.* Duaren. *ad d. l. Pomponius. circ. fin.*

Quod cum ita sit, & in exemplis modò adductis ad numerum suffragiorum respectus habeatur, nihil causæ esse putant, cur non idem etiam in dubiis juris nostri articulis observari, & secundum plura Doctorum suffragia responderi, & judicari debeat.

Ad idem comprobandum apprimè facere putant affinitatem & cognationem, quam communis Doctorum opinio cum Fama habet, prout argumentum illud cum primis urget & multis resolvit Marquar. Freher. *in tractatu de Fama cap. ult. per tot.* Prout enim cum de veritate facti quæritur, quæ in specie à singulis personis haberi nequeat ad id recurrimus, quod communiter creditur, idque pro

veri-

veritate habetur, quod vel omnes vel major pars hominum ejus loci in quo factum esse dicitur vulgo credunt, ita & cum neque omnes casus jure comprehendi queant, & multa etiam nō satis clarè decisa in dubium vocentur, æquum esse putant, ut in tanta opinionum contrarietate ac confusione, cum aliter veritas haberi non possit, opinio illa judicando & consulendo attendatur, quæ vel ab omnibus vel à plerisque Doctoribus qui ea de rescripserunt vel consuluerunt, recepta & approbata fuit, ut ita quemadmodum consentiens populi vox, & testimonium magnæ est autoritatis, nec creditur de nihilo esse, quod ore vulgi jactatur, sic & communis Doctorum sententia, quæ est instar famæ in his quæ juris sunt, non minorem autoritatem habere censeatur, cum eadem in admittendis communibus Doctorum opinionibus militet ratio, quæ circa famam, cur ei credi debeat, obtinet.

Ratio cur fama in dubiis rerum causis, quando à singulis personis veritas haberi nequit, admittatur, ea est, quia fama præsumptivè probat, communisque hominum opinio vera præsumitur, & pro veritate habetur, donec contrarium probetur, per tradita ab Alciato *de præsumptionibus, regul. 1. præsumpt. 5.* eadem etiam circa communem Doctorum opinionem occurrit præsumptio, siquidem & illa in his quæ juris sunt præsumptam veritatem facit; Quare cum in his, quæ facti sunt, præsumptam veritatem, quando veritas certò haberi nequit, sequi teneamur, utique & in dubio juris articulo, ubi de veritate certo constare nequit communem opinionem, quæ præsumptam veritatem, habet, sequendam esse autumant, cum facilius sit, ut unus vel pauciores fallantur quàm plures.

Idque *tricesimoseptimo* juris ratio suadere videtur, cum quæ contra communes Doctorum opiniones ab aliis disputantur, sint, ut illi præsumunt, meræ subtilium & ingeniosorum hominum subtilitates & cavillationes; has verò in foro attendi debere monetur & exemplo illustratur *in l. pen. ad exhiben.*

Nec etiam, quod est *tricesimum octavum & ultimum* pro communi opinione militans argumentum in communes opiniones temerè & inconsulto oriuntur, sed certis nituntur rationibus; ubi autem est ratio, ibi non est quærenda lex, per tex. *in c. consuetudo, § porro. distinct. 1.* ubi Gratianus, si ratione, inquit, lex consistit, lex erit omne jus, quod ratione constiterit duntaxat; Quo faciunt quæ tradit Freher. *de fama cap. ult num. 18.* & Borcholt. *de verb. oblig. c. 2. n. 122.*

Hæc sint quæ pro asserenda autoritate communium opinionum à patronis earum afferri solent.

At his non obstantibus rectius nobis sentire videntur illi, qui ex jure certo, jus incertum æstimant, non attenta communi Doctorum opinione. Prout enim Theologi contentiones suas ad sacram Scripturam examinandas, & secundam eam decidendas, præcipiũt, missis glossatorum interpretamentis; ita & apud JCtos non ex Doctorum opinionibus per se incertis & invicem sibi repugnantibus, sed ex certis legibus, dubiæ juris quæstiones decidendæ sunt, nobisque sine lege loqui est erubescendum.

Probatur hæc nostra sententia, tum apertis juris nostri textibus, tum evidentibus inde desumptis rationibus.

Et *primò* quidem apertè illam comprobat, & contrarium sentientes refutat constitutio Imperatoris Justin, quæ est *in 1. § sed neq, c. de vet. iur enucl.* ubi Imper. Neque, inquit, ex multitudine Autorũ, quod melius & æquius est judicatote, cum possit unius forsitã & deterioris, sententia multos & majores aliqua in parte superare. Quod ut juris compilatores in componendis digestis (ad hos enim allegata constitutio emissa & directa fuit) facere jubentur, ita & judici, ejus Assessoribus, & qui aliàs juri dicundo præsunt, eandem judicandi & de jure respondendi normam & regulam præscriptam esse censebimus; maxime cum Judex non habeat liberam judicandi facultatem sed mercenariam, & potestas ejus legibus sit adstricta, uti inter alias quibus judicis potestas limitata & restricta fuit, leges ac constitutiones, constat, & princ. Instit. *de off. judic. ex c.* 1 *§. 4. ad Turp. l. 15. ad municip.* secus ac in compilatoribus juris nostri obtinuit, quippe

quippe quibus libera eligendi &pro jure ponendi potestas data fuit, uti patet *ex d. l. 1. §. 6 vers. & ideo.* ubi idem Justin. & ideo, inquit, ea, quæ antea in notis Æmil. Papiniani ex Ulp. & Paulo nec non Marciano adscripta sunt, quæ antea nullam vim obtinebāt propter honorem splendidissimi Papiniani nō statim respuere, sed si quid ex his ad repletionem summi ingenii Papiniani laborum vel interpretationem necessarium esse perspexeritis, & hoc ponere legis vicem obtinens non moremini.

Firmum hujus nostræ sententiæ argumentum extat in princ. Instit. *de offic. judic* ubi Justin. de officio judicis, quodnam illud sit & esse debeat, quando in jure status causæ consistit, præceptum præscribens: Illud inquit, inprimis observare debet Judex, ne aliter judicet, quam legibus, constitutionibus, aut moribus proditū est; quo ipso satis apertè traditiones & opiniones interpretum excluduntur, ut quæ nec legum nec constitutionum appellatione comprehenduntur, prout constabit ex his, quæ paulò inferius dicentur. Et esset mera cavillatio, si quis ad mores & consuetudines quas d. loc. Imperator non minus quam ll ipsas judicando attendi vult, traditiones & opiniones interpretum, si sint communes, referre velit, q. sc. receptæ Doctorum sententiæ sint instar consuetudinis, ac proinde, ut consuetudo nihil est aliud, quam jus à populo, lege scripta deficiēte, receptum; sic & cōmunes Doctorū opiniones pro jure consuetudinario haberi, & propterea quod vel ab omnibus vel plerisque sint receptæ, valere debeāt. Mera, inquam, hæc esset cavillatio, cum per mores intelligatur ibi jus tacito populi consensu, eo in loco ubi casus contigit, constitutum & receptum, id quod ad opiniones interpretū sine calumnia trahi nequit, maxime cum communis opinio sit casus dubii & in utramque partem ab interpp. disputati, receptior & à majori parte approbata sententia, contra ac in consuetudine obtinet, aut quæ unanimi omnium ejus loci, ubi viget, civium & incolarum tacito consensu & approbatione constat.

Ad idem comprobandum facit *Tertiò*, Novel. 82. §. pen. ubi Imper. omnis, inquit, Judex sive magistratum gerat sive aliter judicet

leges observato & secundum has proferto sententias. Atqui communem Dd. opinionem judicando attendunt, nō observant ll. nec secundum has ut jubet Imper. sententias ferunt, nec enim legum verbo Doctorum opiniones Imperator comprehendi voluit, ut qui Jctorum responsis, quam antiquitus habuerunt, autoritatem peculiari sanctione ademit, & ex illis solis quas ipse sanxit & approbavit, legibus jus dici voluit.

Id quod *quartò* D. Ambrosius jam olim etiam judicem monuit, ut refertur & pro iure ponitur *in c. judicet causa 3 q. 7.* Bonus judex, inquit, nihil ex arbitrio suo facit sed juxta leges & jura pronunciat, statutis juris obtemperat, nec indulget propriæ voluntati, quibus verbis haud obscure traditiones & opiniones Interpretationibus excluduntur.

Quod idem etiam in ordinatione Cameræ Imperialis *part. 1. titul. 13.* Judici & assessoribus Cameræ præscriptum legimus, ne ex proprio nudoque arbitrio & privata sua conscientia, sed ex legibus constitutionibus publicis & probatis consuetudinibus jus dicant.

Facit *sexto* quod sine lege Jctus respondere, & Judex judicare prohibeatur, uti notus est textus *in Novell. de triente & semiss. 18. cap. 5.* Nec admittenda est distinctio, quam in notis suis annotavit ibidem Dionysius Gothofredus, erubescimus, inquit, sine lege loqui, Quâ sententia dici non potest quantum extenuentur eorum sententiæ, qui unis tantum nituntur interpretibus: at communi opinioni in re dubia vix ausim quicquam derogare, præsertim si legis scriptæ duritiem corrigat, aut ejus defectum suppleat, *hæc Gothof.* distinguit inter singulorum Responsa Jurisconsultorum & communes Doctorum opiniones, illa vim juris habere negat juxt. text. *in dict. Novell. 18. c. 5.* his vero vim legis tribuit; at loquitur ille sine lege nec allegatus textus hanc distinctionem admittit vel aliunde illa probari potest.

Ad idem comprobandum facit *septimo l. 10. C. de condict. indeb.* ubi

ubi Justinianus duorum Juliani & Papiniani sententiam ut veriorem præfert trium sententiis Marcelli Celsi & Ulpiani. Atque ita exemplo suo docet ad multitudinem autorum respici non debere.

Octavo probatur textu *l. 5. §. penult. de impens. in rebus dot. fact.* ubi Ulpian. in quæstione sibi proposita, Etsi, inquit, plerique negent, tamen propter æquitatem Marcelli sententia admittenda est, unius Marcelli sententiam plurium sententiis præferens, quod utique non licuisset, si ex multitudine adstipulatorum veritas æstimari deberet.

Nonò idem evidenter demonstratur *ex l. quæsitum 12. de instruct. & instrum. leg.* ubi idem Ulpia. quæsitum est, inquit, An frumentum quod cibariis cultorum paratum fuit, instrumento cederet, & Plurimis non placet, sed ego puto contineri, & ita Servium respondisse auditores ejus referunt; ubi neglecta plurium opinione, solius Servii autoritatem secutus fuit.

Decimo contra communem facit *l. 5. c. de offic. Rect. provinc.* ubi Impp. Valentin. & Valens, Potioris, inquiunt, gradus judicibus ab inferioribus competens reverentia tribuatur, at ubi tractatur publica utilitas, & si minor Judex veritatem investigaverit nulla tamen inde majori irrogatur injuria; quod utique statui non potuisset, si in indaganda veritate ad numerum vel autoritatem personarum respiciend. foret, prout faciunt, quibus communis opinio, pro lege est. Nec allegata constitutio, eò tantum exaudiri debebit sensu, q. majoribus judicibus officio suo non fungentibus minoribus illorum partes sibi sumere liceat, ut notat gl. ibi. sed quod quando de indaganda veritate agitur, nihil referat, utrum à celsioribus & majoris autoritatis judicibus (*quibus aliàs à cæteris reverentia debetur juxta à l. 5. & l. 2. de offic. divers. judic.*) an verò à minoribus & inferioribus, id fiat.

Undecimo non leve sententiæ nostræ fundamentum extat *in l. 13. C. de sent. & interloc. omn. judic.* ubi Imper. Justin. regulam judicando observandam judici præscribens, veritatē, inquit, legū & justitiæ

ſtitiæ ſequatur: non exemplis ſed legibus judicet utcunque àmpliſſimæ præfecturæ vel maximi alicujus magiſtratus proferatur ſentētia. Cui in eandem ſententiam conc. *l. 12. de offic. præſid.* ubi Proculus non ſpectandum eſt, inquit, quid Romæ factum ſit, quàm quid fieri debeat. Jam verò qui communem judicando ſequuntur, ſolis nituntur exemplis, præjudiciis, autoritate & multitudine interpretum: contrà quàm d.ll permittunt.

Duodecimo idem evenit ſcopus & finis propter quem veterum JCtorum ſcripta in unum ſint comparata corpus, quod Digeſta, & alio nomine Pandectas vocamus, ne ſcil ut olim fiebat, diſſonæ interpretantium ſententiæ juris conſtitutionem incertam, & ſententias judicis dubias reddant: quâ de cauſa etiam Juſtin. apertè prohibuit, ne quis Juriſperitorum impoſterum audeat in Digeſtorum libros commentarium ſcribere, ne ſcil. ut ſuperioribus temporibus factum fuit, per contrarias interpretantium ſententias, jus conſtitutum & in certum ordinē juſtamq; conſonantiam redactum, denuò conturbetur & incertum fiat, ut videre eſt in conſtit. Imper Juſtin. quæ eſt de concept. digeſt. quo loco aperta ſanctione, interpretum ſcriptis omnē ademit autoritatem; quam tamen, qui communem pro lege habent, illis reponunt redduntque.

Decimotertio, facit quod nec in inſtitutionibus, nec digeſtis, nec codice, ubi ſpecies juris, judicando obſervandæ, recenſentur, in numerum illarum communes Doctorum opiniones relatæ inveniantur, quod ſine dubio factum fuiſſet, & fieri debuiſſet, ſi compilatores juris pro lege ejuſque ſpecie illas haberi voluiſſent.

Decimoquarto ex argumentis & rationibus quibus ſententia noſtra comprobatur, & contraria refutatur non levis momenti eſt ea, quod plurimæ ex communibus opinionibus falſiſſimæ inventæ ſint, prout ſi opus foret, & brevitas, cui ſtudemus, pateretur, inductione exemplorum comprobari poſſet, & jam ante etiam notarūt Zaſ. *2. reſponſ. 1.* Fichardus *in addit. ad Villalob. verſic. Filia ſemel excluſa.* Unde ſi ponatur quod communis opinio neceſſariam autoritatem & vim legis habeat, falſitas in judicia introduceretur, à quibus tamen nihil magis abeſſe debet.

Facit

Facit *decimoquinto*, quod jus nostrum certum & finitum esse debeat, nec ab incerta interpretum autoritate dependere, notante Neratio *in l. 2. de iur. & fact. ignor.* At verò communes Dd. opiniones quod attinet, frequenter dubitari solet, quænam sit communis opinio, aliis hanc, aliis aliam, communem, communiorem, vel communissimam dicentibus, ut patet ex thesauro, communium opinionum & aliorum tractatibus, qui studiose communes opiniones investigarunt. Nec satisfaciunt regulæ quibus huic incommodo mederi conantur, prout latè deducit & exequitur, *Coratius in tractat. de communib. opinionib. lib. 1. tit. 4.* quem sequitur Marq. Freher. de Fama *d. c. ult. nu. 32.* Doctorum suffragia utrinque numerari volunt, & si utraque sententia magnos duces, præclarosque JCtos habeat, illam præferendam statuunt, quæ in numero, excessu prævalet vel modico; Sin altera sententia adstipulatores habeat majoris autoritatis, eã potius eligendã & si illi sint numero paucciores, cum inæqualitas illa pondere autoritatum penseτur, & magnus aliquis ac primarius Doctor, velutique Coriphæus haud dubiè duobus vel pluribus minorum gentium leguleis æquipolleat; multum tamen hic juris discretioni & arbitrio committendum existimant, ut is æstimet, quænam ipsi, justior, æquior, & tutior in cõscientia & animi sui judicio videatur opinio, in hanc enim ipsum inclinare posse & debere sententiam, per trad. ab Alciat. *in l. 1. versic. Celsus ait, n. 44. in fin si cert. pet. Lancel. Conrad. in lib. de prætor. §. 2 tit. de senten. n. 28 Corat. lib. 1. tit. 4. in spect. 3. n. 18. & lib. 2 tit. 9. cas. 32. Freher. d. c. ult. num. 34.* ubi modo relatas judicandi regulas mirificè confirmari putat constitutione Imperatorum Theodosii & Valentiniani ad senatum, quæ extat *in l unica, Cod. Theodos. de respons. prudent. lib. 1. tit. 4. cujus verba superius retulimus, & l. ob carmen. §. ult. ff de testib. ubi judex minorem testium numerum inclinare potest si testes illi, sint spectabiliores.* At vero regulæ modo relatæ difficultatem illam adeo non tollunt, ut eandem augere potius & majorem facere, videantur, cùm difficile sit inter artifices differentiam invenire, unum alteri præferre, & quæ uni fortè judici æquior videtur sententia, illa alteri videatur durior & iniquior.

Facit *decimosexto* quod soli Imperatori legis condendæ potestas reservata sit, ut constat *ex l. ult. §. 1. c. d. ll.* Cui consequēs est communi Doctorū opinioni necessariam autoritatem attribui nō posse, quippe cum effectu & reipsa condendæ legis potestas ipsis interpretibus cōmunicaretur: quod absurdū dictum.

Decimumseptimū & ult. sententiæ nostræ fundamētum desumitur ex eo quod ejus solius sit leges mutare & abrogare cujus etiā est condere, puta ipsius Imperatoris *l. 1. l. ult. C. de ll.* At si cōi Dd. opinioni necessariam autoritatē tribueremus eamq; pro lege haberemus, utique mutatio & correctio juris semel recepti interpretum autoritati permitteretur, siquidē non rarum est, ut quæ aliquando fuit cōis opinio, postea cōis esse desinat, & ex nō communi fiat cōior; unde & enatæ sunt quæstiones, quid obtineat, & judici sit faciendū, si tēpore litis cōtestatæ affirmativa vel negativa opinio fuerit cōis; at rei judicatæ & sentētiæ ferendę tempore contraria communior inveniatur quænam tum judicando attendi debeat opinio; Similiter si ante sit judicatum secundum communem illius temporis, quæ postea fiat non cōis, An prior sententia infirmetur, & rei judicatæ autoritatē amittat; de quibus & aliis ex præsupposito illo enatis quęstionib. post Corat. latè disquirit Marq. Freh. *de fama c. ult. n. 36. cum tribus seqq.*

Videamus quid ad ea quæ, p efferēda autoritate cōmuniū opinionū à patronis earū allata fuerūt cōmode respōderi possit & debeat.

Argumentabantur *primo* ab observantia & stylo fori, quasi ita receptum sit in judiciis, ut in ferendis sententiis communis Dd. opinio attendatur à stylo verò & consuetudine fori recedi non debeat *per alligata.* At negamus communi stylo & usu fori ita receptum esse; à non nullis sane judicibus, & judicum assessoribus ita observari nō negamus; at perperam & sine ratione id fieri, nec saluo jure perversum huiusmodi judicandi morem admitti posse evincunt ea, quæ contra cōmunium opinionū assertores ex legib. & legum rationibus modo adduximus. Posito, à judicibus cōiter stylū huiusmodi hactenus, observatum fuisse, ei tamē cōsequens non foret, ab omnib. dehinc judicibus eundem observandum esse, nec ab eo recedi posse

cum

cum abusus ille sit potius & corruptela quam verus rei usus qui consuetudinis jurisq; vim habeat; *per ea quæ notavimus ad §. sine scripto, Instit. de jure nat. gen. & civ.*

Nec quod *secundo loco* à primæva communium opin. origine desumebatur argum. veritati historicæ convenit sed contrariũ potius ex veterũ JCtorum scriptis patet, non collegisse illos aliorũ autorum & scribẽtiũ suffragia, ac numero quasi & autoritate adstipulatorum certasse; quippe cum unius sæpe autoritate fuerint contenti, *l. 1. vers. Celsus ait, d. reb cred. l. 9. de servit. l. 67. ad Treb.* uniusq; autoritatẽ pluriũ sæpe suffragiis prætulerint, uti exemplo *l. 5. §. pen. de impens. in res. dot. fact. & l. quæsitũ 12. de instruct. & instrum. legato, supra ostendimus.* Quod verò æqualium, aut superiorum, autoritatem sententiis & opinionib. suis fulciendis addiderunt, nõ eo id factũ fuit fine, ut per pluriũ suffragia jus constituatur, ac inde vim & autoritatem juris consequatur, cum & singulorum JCtorum responsa necessariam habuerint autoritatem, *juxt. § ipsa quoq; de jur. nat. G. & civ.* sed ne singulares, & novæ ipsorum viderentur sententiæ, & ut eò lubentius pro jure & lege reciperentur, si idem & aliis placuisse monstretur.

Nec etiam, quod erat *tertium* contrariæ sententiæ à necessario sumptum fundamentum, rerum necessitas id exigit, ut communis opinio in judicando ea attendatur. Etsi enim nec consulendo, nec judicando ea attendatur opinio, quæ vel ab omnibus, vel à plerisq; Dd. qui super eâ quæstione vel sententia scripserunt, recepta vel approbata fuit, quam communem appellant, non proinde tamen deerit ratio veritatis indagandæ, & ambiguitatis, si qua est, tollendæ. Uti nec posthabitâ & neglecta communi opinione, juris imperfectio inde existet, prout communis opinionis assertores *quartò* argumentabantur, quasi scil. si cõis opinio non attenderetur, & pro lege haberetur, infiniti casus indecisi manerent, eo q̃ leges ita scribi non possint, ut omnes casus, qui quandoq; inciderint, cõprehendantur; monente Julian. *in l. 10. cum 2. seqq. de ll.* Resp. si quidem ambiguum & controversum jus quod attinet, incertum & dubium ex certo & claro jure decidendum venit, puta si certa sit regula, incerta

vero & dubia exceptio, standum erit regulæ; nec exceptio admittenda; similiter, si certo & speciali jure facta sit exceptio, contra eam dubia & incerta distinctio, sive ut nostris appellatur replicatio admitti non debebit. Imperfectionem quantum attinet rationem supplendi ea quæ legi desunt monstrat nobis Ulp. in l 13 de ll. quotiens, inquit, lege aliquid introductum & constitutum extat, bona est occasio, cetera, quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri; Interpretatione defectus suppletur, si certum sit sententiam & rationem legis in aliis etiam obtinere, tunc enim ubi par & æqualis est ratio, ibi etiam par jus esse debet, jurisdictione id fit, si de paritate rationis dubitetur; Extra illam juris supplendi rationem, aliam sibi interpres sumere non debebit, sed lege tacente tacere *juxta l.8. de public. in rem. act. l 9. §.1. quod met. caus. l.20. § 11. de petit hered. l.3. de offic. præsid. l.1 de senat. l.24. ad municip. Nov.18. c.5.*

Ad *quintum* contrariæ sententiæ arg. à verisimili, desumptum respondendum, verisimile quidem videri, quod quæ à plerisque approbantur, veritati magis conveniant, quam quæ ab uno vel paucioribus, at quod verisimile est, necessitatem nullam importat; quod melius & æquius est sequi jubemur, non attenta multitudine Autorum *l.1 §. sed neque, C. de vet. jur enucl.* idque tum à JCtis, tum etiam ab ipsis Imperatoribus factum & observatum fuisse patet ex *l.5. § penult. de impens. in res dot fact. l. quæsitum 12. in pr de instruct. & instrum. leg. l.10. C de condict. indeb.* Sanè in his quæ facti sunt argumentum à verisimili suam habet autoritatem, at in his, quæ juris sunt perdit officium suum.

Quod attinet dictum Hieronymi relatum *in c.5 extr. de constit.* indeq; desumptum arg. ordine *sextum*, respondendum quod eo demum casu contra oppositi capituli sententiam ageretur, si quis neglectis legibus vel Imperii constitutionibus, ex suo arbitrio & privatâ suâ conscientia, jus dicere præsumat, quod utique argumento dicti capituli minime liceret, & apertè etiam Cameræ Imperialis assessores facere prohibentur, ut videre est in ordinat. Cam. *part. 1. titu. 13.* At

3. At verò, qui leges sequitur, neglectis Doctorum Interpretamentis nihil omnino contra præscriptum objecti capituli facere censebitur.

Adducebant *septimo* dictum Innocentii, quod extat *in c. 5. distinct.64.* ubi Papa integrum, *inquit*, est judicium quod plurimorum sententiis confirmatur. At verò licet id in electione Episcopi, de quâ ibi agitur, obtineat, ad jura tamen & illorum sanctionem, ut quæ non ab autoritate interpretum, sed ipsorum Imperatorum pendet, transferri nequit. Eadem est ratio allegati *cap. 21. de offic. & potest. judic. deleg.* nec enim ibi de juris quæstione, ejusque decisione agitur, sed de causarum cognitionibus, earumq; ordine sermo instituitur, itaque sedis Apostolicæ ab antiquis annis circa causarum & litium cognitionem provisio fuisse dicitur, ut cognitiones hujusmodi duobus quam uni, & tribus quam duobus libentius delegaret, addita ratione, quia integrum sit judicium, quod plurimorum sententiis confirmatur.

Non majorem vim habet *octavum* ex l. ult. C de fideicom. petitum argumentum; Cum enim testamenti ordinatio sit facti, & verò circa ea quæ facti sunt prudentissimos etiam sępe falli contingat, ideo ne quid falsitatis circa testamenti factionem incurrat, majorem testium numerum in testamentis ordinandis jura desiderant, ut ita per plures homines & ampliorem testium numerum perfectissima veritas reveletur, ut habent verba dictæ *l. ult. de fideicom.* unde & fit, quod testes oportet videre testatorem *l. 9. C. de tęstam.* At vero juris constitutionem quod attinet non dependet illa à testimoniis & approbatione interpretum sed ipsorum Imperatorum autoritate; *l. 1. § ultim. C. de ll.*

Unde, quod *nono* de fide & autoritate testiũ adducebatur, spõte corruit; etsi enim concedatur de nostris quoque JCtis & interpretibus nostri temporis eadem dici, & prædicari posse, quæ de veteribus JCtis, (*quorum tamen longe alia fuit ratio & conditio, ut videbimus circa refut. argumenti decimisexti*) ex l. 2 de orig. jur. l. pen. C. de condict. indeb. l. fin. C. de his quæ in Eccles. manum. dicta & adducta fuerũt,

meminisse tamen debebimus, quod Judex non sit adstrictus judiciū & sententiam facere secundum pluralitatē testium, sed pauciorum quandoque fidem sequi possit, & debeat, prout apertis verbis facere jubetur *in l. 21. §. fin. de testib.* ubi Arcadius, si testes, inquit, omnes ejusdem honestatis & existimationis sint, & negotii qualitas ac judicii motus cum his concurrit, sequenda sunt omnia testimonia; si vero ex his quidam aliud dixerint, licet impari numero, credendum est id quod naturæ negotii convenit, & quod inimicitiæ aut gratiæ suspicione caret, confirmabitque Judex motum animi sui ex argumentis & testimoniis, quæ rei aptiora, & vero proximiora esse compererit; non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, & testimonia quibus potius lux veritatis adsistit; Quod idem, Callistratus de cognitionibus causarum scribens judicem monuit *in l. 3. §. 1. & 2. eod.* Fac. *l. 13. de probat. L. 8. de pact. l. 13. de interrogat. in judic. & fac.*

Ad *decimum* contrariæ sententiæ fundamentum petitum *ex l. 12. §. sed si fundus 27. de instruct. & instrum. leg.* responsio patet, ex eadē lege; Refertur *in d. §. 27.* Sabini sententia, eaque quotidie increscere & invalescere dicitur: unde illi autoritatem communis opinionis satis comprobari putant; At contra mentem Ulpiani, qui est autor *d. l. 12.* inde ita inferri, patet, ex princip. ejusdem legis, ubi cum quæreretur; An frumentum quod cibariis cultorum paratum erat, legatario cederet cui fundus cum instrumenris legatus esset, & id à plurimis negaretur, Ulpianus solius Servii autoritatem secutus affirmare non dubitavit, quod utiq; non licuisset si communiores opiniones attendendæ essent. Deinde quod Sabini sententia à plerisque comprobari dicitur, non eo id fit intuitu, quasi ex accessione & approbatione aliorum JCtorum vim juris primùm acceperit, sed ut inde ejus æquitas eò magis elucescat.

In *undecimo* contrariæ sententiæ argumento, desumpto *ex l. athletas 4. de his qui not: infam.* committunt elenchum non causæ ut causæ. Athletas artem ludicram non facere, cum quicquid faciant virtutis gratiâ faciant, ex Sabino & Cassio Vlp. refert, addens generaliter

raliter ita omnes (intellige JCtos) opinari. At sciendum quod Ulp. Sabini & Cassii opinionem sequitur, non ideo id factum, quod fuerit cõis & à reliquis approbata opinio, sed quia æqua & justa ipsi visa fuit, nihilominus secuturus utcunq; aliorum approbatione destitueretur, argumento eorum quæ circa refutationem argumẽti proximè præcedentis *ex l. 12. de instruct. & instrum. leg.* paulo ante inferebamus, quod n. quandoq; autoritates citantur, assertaq; opinio ab omnib. vel plerisq; recepta dicitur, *ut fit in d. l. 12. §. 27. d. instruct. & instrum. leg. & in objecta, l. Athletas, de his qui not. infam.* non eo id fit intuitu, q. ex accessione & approbatione aliorum JCtorum vim juris primùm acceperit, sed ut inde ejus æquitas eò magis elucescat, alioqn non licuisset unius vel alterius autoritatem plurium placitis præferre prout tamen factum videmus, *in pr. d. l. 12. de instruct. & instrum. leg. in l. 5. §. pen. de impens. in res dot. fact. in l. 10. C. de cond. indeb. & aliis quam plurimi.* Idem respondendum *ad l. 17. de jur. patron.* & inde petitum arg. ordine *duodecimum:* nec n. eam ob causam Ulp. opinionem ibi relatam secutus fuit, quod plurium autoritate niteretur, sed quia neque verbis, neque sententiæ legis vel edicti prætoris conveniebat aliter responderi, prout ratio illa diserte ab Ulpiano subjicitur.

Nec dispar est ratio argum. *decimitertii* desumpti ex *l. 13. §. 2. de excus. tut.* quod n. Modestinus in sententiæ suæ ibidẽ relatæ confirmationem plurium autoritates citat, non eo id facit intuitu, ut inde assertioni suæ vim & autoritatem juris conciliaret; siquidem longe aliam decisionis suæ rationem attulit, hanc nimirum quia etsi verba legis sententiam relatam admittere videantur, attamen menti & sententiæ legislatoris non conveniat, & absurda existat: quæ ratio suasit, ut à pluribus etiam ex mente legis idem sit responsum.

Quod porrò *in l. 37. cum l. seq. de legib.* asseritur & pro argumento *decimoquarto* allatum fuit, nihil cum præsenti quæstione cõmune habet. Si de interpretatione legis quęratur imprimis inspiciendum esse ait, Paulus quo jure civitas retrò in ejusmodi casibus usa fuisset,

cum

cum omnium optima sit legum interpres ipsa consuetudo. At verò ut ex his quæ de consuetudine ibi asseruntur ad casum præsentem inferamus; nulla quæ id suadeat adest ratio, mens & sententia JCti in opposita *l.37.* ea est, quod quando sensus legis est ambiguus, ita ut aliunde ambiguitas illa tolli non possit, interpretatio ex consuetudine sumenda sit, quia illa est voluntas & velut conventio ejus civitatis, quæ legem tulit, prout ratio illa extat in l 35. eod. At non eadem circa opiniones interpretum militat ratio; quare nec idem jus ibi statuendum. Observantiam & stylum si quis urgeat, & in eo vim argumenti ponere constituat, q. ab opinione communiter recepta & consuetudine jurisdicundi per innovationem recedi non debeat, illi satisfactum putamus suprà in refutatione primi contrariæ sententiæ argumenti.

Unde & quod *decimoquinto, ex l.23. de ll.* objectum fuit, facile dissolvi poterit, si repetamus quæ circa primum contrariæ sententiæ fundamentum notavimus, & conjungamus *l.2. de constit. princip.* indeque interpretationem *ad d l.23.* sumamus, prout omninò sumenda erit, uti plenius patebit ex his quę inferius circa refutationem argumenti vicesimi secundi dicenda veniunt.

Quod *decimosextò* pro asserenda communis opinionis autoritate *ex §. Responsa quoq;, Instit. d. iur. nat. gent. & civ.* afferebatur, etsi non levem obtinendi & persuadendi vim habere videatur, si tamen penitius introspiciamus, veterum JCtorum Responsa ab interpretum nostrorum decisionibus & interpretamentis toto cœlo distare deprehendemus. Qua de re, quò rectius constare possit, principio nos remissos volumus ad ea, quæ tradit Dominus Vultejus *ad d. §. responsa queq;, Institut. de iur. nat. gent. & civil.* ubi quæ de responsis & interpretationibus veterum JCtorum ex antiquitate & historia juris latè & eruditè differit, magnam ad institutum nostrum lucem afferent, & omnem, quæ subesse videbatur, difficultatem tollent: deinde sciendum, non omnium & singulorum JCtorum responsa necessariam olim autoritatem & vim legis habuisse, sed eorum tantum, qui respondendi jus ab Imperatore speciali concessione obtinuisset

tinuisset

uiſſet, monentibus Donell. *1. com.* 8. Vulteio & aliis ex interpp. ad §. reſponſa quoque. Tertiò reſpondendum huc venit; quod ſu- a monuimus, omnem nimirum, quam antiquitus JCtorum ſen- ntiæ autoritatem habuerunt, illis à Juſtiniano præciſam & adem- am fuiſſe, poſteaquam veterum JCtorum reſponſa, aliaſque juris rtes in ordinem redegit, & ex illis ſolis, quas ipſe præſcripſit ſan- onibus jus dici voluit, uti præter *l. fin. C. de ll.* apertè conſtat ex ipſi- conſtitionibus quas digeſtorum libris præmiſſas videmus.

Cui conſequens eſt, quod quæ poſt tempora Juſtiniani, & ma- ne poſt reſtitutum Imperium in occidente ab interpp. ad hæc uſ- e tempora in jus noſtrum ſcripta fuerunt aut porrò ſcribentur llam juris autoritatem, nec vim legis habeant, ut maxime juri iſdemque rationi eſſent conſentanea. Quod cum ita ſit, Elen- um comparatorum in addicto argumento commiſſum fuiſſe, onte patet, nec enim interpretum noſtrorum ſententiæ, utcunq; t communes, publicâ autoritate munitæ ſunt, prout veterum orum reſponſa fuerunt; quo modo etiam dubium adductum vit, & refutat Dominus Vulteius ad d §. Reſponſa quoque, n. 9. m ſeq. Communes, inquit, opiniones & ſententiæ Doctorũ, quæ die dicuntur, ad veterum reſponſa & interpretationes comparari lgò exiſtimant, ut à quibus ipſis etiam in judicando & conſulen- recedere nefas ſit, quin imò recedens litem ſuam faciat, verum iilitudo ſive comparatio, in quo eſſe debebat, nulla eſt; neq; enim nitæ ſunt communes illæ ſententiæ autoritate publica, neque n receptæ ut judici aut JCto ab illis recedere non liceat, quo uti- e veterum reſponſa & interpretationes ſuſtineantur, *hæc Vult.*

Nec quæ in ſubſidium adducta, & argumento propoſito ſub- ita fuerunt fundamenta, firmandi vim habent, cum ut pro jure id habeatur publica Imperii lex deſideretur, quæ hic de eſt; At li- ex rationibus adductis communes opiniones publica lege mu- ndæ & autoritate juris donandæ videantur, quaſi hac ratione Im- io circa juſtitiæ adminiſtrationem ſummopere conſulatur: quo ius tamen & illud fieri queat, impediunt abſurda & inconveni-

E entia,

entia, de quibus supra circa confirmationem sententiæ contrariæ argumento decimoquarto, decimoquinto & decimoseptimo diximus, quo me remissum volo.

Decimum septimum contrariæ sententiæ argumentum solutũ non erit difficile si distinguamus inter causas ordinarias & arbitrarias. Quod ad decidendas controversias excellentium Autorum opinio, quandoq; adhibita fuerit, in causis arbitrariis, quarũ determinatio judicis arbitrio commissa est, id factum fuisse noverimus, & in illis utique licere Philosophorum, Oratorum, Medicorum, Poëtarum & aliorum autoritates allegare, ut id quod propositum est probabile fiat, prout in locis adductis factum videmus; at secus est in causis ordinariis, judicis arbitrio non commissis, sed lege certa decisis; in illis solâ lege pugnandum, nec ad decisiones illarum aliorum autorum testimonia & opiniones quicquam faciunt, quanquam illustrandi causa tale quid adducere non impediat.

Non majoris est importantiæ *decimum octavum ex l. 1. de offic. qu.* desumptum argumentum. Etsi enim pro asserenda autoritate communium opinionum communiter *d. l. 1.* allegent, & pro solido fundamento habeant, meminisse tamen debuissent, agi illic de quæstione facti, non juris; Quæritur quippe de Quæstorum origine, quando & quo tempore illi primùm cœperint; cumque diversæ ea de re opiniones extiterint, ad id quod pluribus verum visum fuit Ulpianus respexit & secutus fuit, prout aliàs etiam in historiis, quæ facti sunt, ad id respicimus, quod referunt Autores temporibus illis vicini, & invicem historicis discrepantibus ad id quod plurium autoritate nititur; At huic consequens non est, quod & in dubio juris articulo, ubi dissonæ sunt Jurisconsultorum sententiæ similiter attendi debeat, quænam sit crebrior & communiori calculo approbata sententia, cum diversam illa rationem habeant, ut pluribus supra ostendimus.

Nec magis obstat *l. 1. de senatoribus decimo non allata*: imo contrarium potius exinde inferre licebit; dum enim Ulpianus JCti Saturnini sententiam, statuentis non tantum consularium virorum uxores,

es, sed & ipsorum matres, consulares fœminas esse, câ improbavit ratione, quia nec usquam id sit relatum, nec unquam receptum ex nde, eâdem argumentandi figura inferre licebit, nec communes juas vocant opiniones vim legis habere, quia nec usquam id sit cō titutum, nec unquam receptum; Constitutum non esse ex eo contat, quia contrarium non docetur; & insuper arguunt argumenta uperius pro nostra sententia allata; Receptum non esse ostendimus upra circa refutationem argumenti primi in contrarium adducti, e docet quotidiana experientia & usus fori; nihil quippe hodie freuentius quam ut contra communes illas, & in scholis disputetur, : in foro judicetur, ut ait *Vulteius ad §. responsa quoque. n. 10. de jur. nat.* ient. & civ.

Quod attinet *l. pro berede 20. de acq. hæredit vicesimo* allatam, neamus, pro ratione & sententiæ fundamento ibidem assertæ poni, uod plerisque ita placuerit, eaque receptior sit opinio, pro ut leenti facilè constabit.

Ejusdem est farinæ quod *vicesimo primo ex l. 5. ad l. Aquil.* adductum iit, ideoque eadem responsione ad autores à quibus citatur reittendū. Similiter nec *ex l 21.* illud inferri posse lectio *d. l. 21.* dabit.

Quis sit sensus *l. 2. de constit. prin. pro vicesima secunda ratione allata*, itebit, si nigrum ad rubrum transferamus: subjecta est lex illa tit. *constitutionib. principum*, quo ipso significatur Ulp. hoc velle, quod si Imperatorib. tempore posterioribus anteriorū leges & constituones abrogare liceat, & id solum, quod novissimè placuit, pro lege iberi debeat, *l. fin. eod.* cum par in parem non habeat Imperium *l. 14 jurisd.* nec princeps successori suo legem, quam necessario sequar præscribere possit, *per not. ad l. digna vox. C de ll.* si tamen semel quid constitutum, & pro jure receptū, ab eo non facile recedendū, nec ntrarium constituendum, nisi evidens quæ id suadeat subsit utili, & inevitabilis necessitas urgeat: cū per frequentes illas correctiés, leges vilescere & autoritatē amittere soleant, ita ut præstet lem, quantūvis duram, retinere, quam temerè immutare *arg. l. 12. i & à quib. man.* quod idem monet Paul. *in l. 23. de legib.* & Marcell.

in l. etsi nihil 183. de reg. jur. At tale quid in communibus Doctorum opinionibus non obtinet: nec n. ullibi constitutum, ut pro jure & lege haberentur, nec unquam etiam in foro receptæ, ut pluribus ostendimus supra circa refutationem argumenti decimi noni.

Quod porrò *vicesimo tertio* veritas & communis opinio æquiparari, adeoque opinio communis pro veritate haberi dicebatur, verum non credimus, nec textibus adductis probatur: Quod enim *in l. 3. de offic. prætor.* à servo prætore gesta, rata habentur, non eam ob causam id obtinere credemus, quod Barbarius Philippus communi hominum opinione pro libero habitus fuerit, sed quia populus Rom. ita decreverat, & quæ ab isto gesta fuerunt, rata haberi voluerit, suadente ita utilitate publica, ob quam alias etiam à stricto jure recedi solet; quo decreto & ratificatione populi opus non fuisset, ipso jure si valuissent à prætore servo gesta: Sic quod *in §. sed cum, Instit. de testam. ordi.* statutum legimus, subsistere testamentum in quo, servus, qui communi opinione conditi testamenti tempore pro libero habebatur testis adhibitus fuit, ejus causa nō est, cōmunis hominum opinio, sed principum constitutio. cujus ibi fit mentio: ipso jure si substitisset testamentum opus non fuisset, ut Impp. ei subvenissent, prout ex liberalitate & gratia singulari ei subvenisse perhibentur: quod idem de reliquis etiam judicandum exemplis, ulterioris probationis causa adductis, ut taceam pleraque ex illis inter interpretes controverti, nec ac omnibus approbari, ut videre est apud Freher. locis allegatis. Dato, quod communis opinio & veritas æquiparentur, ac quod in opinione est pro vero quandoque habeatur, inde tamen ad præsentem quæstionem inferre nō liceret, quippe cum illic per communem opinionem intelligatur ea, quâ omnes promiscuè eodem quid opinantur modo, nec est qui aliud sibi persuasum habeat, vel contrarium credat: hic verò per communem opinionem exaudiatur & significetur sententia in dubio & controverso juris articulo communioribus votis & suffragiis comprobata, reliquis juris autoribus, numero paucioribus, in contraria sententia hærentibus, prout patet ex definitione communis opinionis supe-

uperius relata. Denique agitur illic de quæstionibus facti, hic verò le quæstione juris; In facto facile errari potest, adeoque error ille xcusatione dignus, at cum omnes jura scire teneantur, juris ignoantia ullo favore digna non est, nec proinde opinio sive error, utunque sit communis, jus facit aut pro jure habetur.

Vicesimum quartum contrariæ sententiæ fundamētum quod attiet. Negamus JCtum Ulp. *in allegat. l. 11.* pro rōe decidendi posuisse, quod plerisque ex JCtis in quæstione ibi proposita ita placuerit, idq; probatum redditur ex eodem Ulp. & ejus responso, quod de consinili facti specie extat *in l. 1. §. 13. de vi & vi arm.* ubi cum dixisset interdictum de vi, non tantum adversus illum dari, qui quem possessioe sua ipso facto dejecit, sed & adversus eum, qui dejici mandavit, Sabini JCti autoritatem citat, ejusque sententiam veram pronunciat: quod utique non licuisset, si ad pluralitatem autoritatum respiciendum esset. Ulp. in d. *§. 13.*

Ad argumentum *vicesimum quartum* desumptum ex *prin. Instit. de hæred. Instit.* Ex ipso textu respondetur: Etsi enim secundum pluium sententias testator servum suum non aliter, quam cum liberate olim hæredem scribere potuerit, ab eo tamen postea recessum, & JCti Attilicini contrarium sentientis opinio comprobata fuit, eò quod humanior & æquior illa fuerit, quod utique factum non fuiset, si ad pluralitatem respiciendum foret: nec quod antiquitus alid obtinuit pluralitas opinantium fecit, sed quia usu sententia illa nvaluerat.

Idem judicandum de argumento *vicesimo sexto* desumpto *ex l. 8. de in jus vocand.* Quod enim de doma sua quèm in jus vocare non cuit, humanitatis & æquitatis ratio suasit, quia domus tutissimum uique refugium atque receptaculum est, ac proinde à pietate alieum, manus alicui ibid. inferri, Unde & à JCtis communiter quotuot de citationum materia scripserunt pro jure & lege id promulatum, nec quisquam fuit, qui contrarium statuerit: quo sensu si xaudiatur vocula *Plerique*, uti exaudienda est, nullus omnino superit scrupulus.

Ad *l.un.de respons. prud.* ex cod. Theodosiano citatam, facilis est responsio; Cum enim constitutio illa Codici Justinianeo non sit inserta, pro parte & specie juris non habebitur; deinde contrarium constitutum,& dictæ legi derogatum esse videre licet *ex l.1.5.C.de veter.jur.enucl.quæ aliàs est & inscribitur constitutio de concept. Digestorum.*

Quod *in c. Novimus, de verb.sign. vicesimo octavò* in contrarium adducto Innocentius Papa, circa degradationem Clerici opinionē à pluribus approbatam secutus fuit, non ideo id factum q.ad pluralitatem respiciendum fuisset, sed quia probabilior illa ipsi visa fuit sententia,& diversa anteriorum Pontificum ea de re extiterunt responsa,nec quid certi antea obtinuit.

In *c.quamvis, de appellat.* unde *vicesimum nonum* contrariæ sententiæ argumentum, desumpserunt Clemens Papa in petendis Apostolis antiquam & communem observantiam litigantium, sive ut hodie loquimur stylum fori comprobat, cum æquitate ipsà nitatur, utcunque de rigore juris aliud fortè dicendum fuisset. Idem & nos dicimus, multisque ostendimus suprà circa inductionem argumenti primi, pro affirmativa,adducti. Atqui communes Doctorum opiniones de stylo & usu fori pro lege haberi,& instar juris receptas esse jam ante negavimus. Sanè à nonnullis judicibus &judicū adsessoribus ita observari concessimus,nec negari potest;at perperā & sine ratione,id fieri, nec sacro jure perversum hujusmodi judicandi morem admitti posse monuimus.Primò utcunq;à judicib. & judicū adsessorib.communiter ita sic receptum,ut in ferēdis sententiis,communis Doctorum opinio attendatur,& secundum eam sententia cōcipiatur,èi tamen consequēs non foret,ab omnibus de hinc judicib.eundē stylum observari debere, nec ab eo recedi posse, quippe cum nullibi sit constitutum,ut cōes,quas vocant,opiniones vim legis habeant; Imò cōtrarium potius constitutū esse, evincunt ea,quæ communiū opin.assertores ex legib.& legum rationibus supra adduximus;ut ita qui in contrariū allegatur stylus abusus sit potius & corruptela, quam verus rei usus qui cōsuetudinis jurisq; vim habeat; pindeq; minimè sequēdus, pro ut & nihil hodie frequētius

fieri

fieri videmus, q̃ ut cõtra cões illas, & in scholis disputetur, & in foro judicet, uti plurib. diximus supra circa refutationẽ primi & decimi noni argumentorũ in cõtrariũ oppositorum; quo nos remittimus.

Ad *c.2.causa 3.q.3.tricesimo* allatum respondemus negando eam ibi cõprobari sententiam, in quâ plurimi cõcordarunt; sed referri tantum diversas Patrum in dilationibus Episcopo accusato dandis sententias ac totum arbitrio judicis committi, ut is æstimet, quantum temporis concedi debeat, ita tamẽ, ne minus sit quam sex mensium. Nihil quoq; nobis negotii faciunt, nec contrarium evincunt, quæ pro asserenda autoritate communium opinionum ulterius allata fuerunt, puta de statutis concilii provincialis *argum.31.* de interpretatione divinarum scripturarum *argumento 32.cum seq.* de ordinatione Episcopi *argumento 34.* & quod aliàs in determinandis hominum negotiis, majora vota præponderent, & plurium suffragia in concluso faciendo attẽdantur, uti inductione circa *argumentum 35.* multorum exemplorũ demõstratum fuit; Etsi n. in actib & negotiis hominum quæ collegialiter peragi solent, ita factũ opus sit, eò q aliàs ad conclusionẽ & determinationẽ pveniri nequeat; lõge tamen alia est ratio nostræ materiæ & quæstionis propositæ, siquidẽ actus, de quib. diximus, ex arbitrio, & discretione eorũ, ad quos pertinẽt, dependẽt & inde determinationẽ accipiunt; at si de jure ejusq; cõstitutione agatur, ac quid pro jure & lege haberi debeat quæratur, solius legislatoris potestas & autoritas attenditur, nec eorũ quib. jus illud constitutũ & præscriptum fuit, arbitrium spectatur. Sanè de jure cõstituendo si tractetur, nec penes unũ sit legis condendæ potestas, ut olim fuit, sed ad plures negotiũ illud ptineat, p ut hodie mutata Imperii facie, obtinet, pluriũ suffragia attenduntur, & secundũ pluralitatem votantiũ jus constituitur, at jure jam constituto utẽtium suffragia, in eo limitando vel ampliando minime attenduntur, sed ad legem ipsam & constituentis voluntatem præcisè recurrendum, indeq; de limitationibus vel ampliationibus juris constituti judicandum.

Tricesimum quintum à fama, desumptũ argumẽtum quod attinet, Respondendũ primo non licere argumẽtari ab his quę sunt facti, ad

ea quæ

ea quæ juris existunt,prout,inter alios juris textus, constat *ex l.1.§. 4.ad Turpill.l.15.ad municip.* Nec deinde argumenta à similibus sumpta, quale est quod à fama ad asserendas communes opiniones sumitur, multum habent roboris cum similia rem non probent sed jam ante probatam duntaxat illustrent. Imò à famâ si argumentari velimus contrarium potius inde inferremus, cum fama necessariam probandi vim non habeat,ut patet *ex l.3.§.2.de testib.* cui consequens esset, nec communes Dd. opiniones necessariam autoritatem,& vim legis habere, id quod contra interpp.communiter probandum suscepimus.

Argumento *trigesimo septimo* quod habetur locum obtineret, si communis opinio jure sit fundata: tum enim subtilium & ingeniosorum hominum subtilitates & cavillationes (de quibus in allegata *l.penult.ad exhib.* sermo est) minime attendendæ forent; at omnes quæ contra communes opiniones in scholis vel foro disputationes moventur, meras esse subtilitates & Novatorum cavillationes, omnino negamus, ad rei evidentiam, testem omnium certissimam provocantes.

Nec enim, prout *ultimo* contrariæ sententiæ fundamento asserebatur, communes Dd. opiniones certis semper nituntur rationibus,sed plures, contra leges & rationes temerè & inconsultò invaluerunt ; Ac licet forte ratio dari possit, exinde tamen non statim pro jure haberi,possent,cum ratio jus non faciat,sed legislatoris autoritas desideretur,uti plenius constabit ex quæstione proximè seq. ad quam pro uberiori solutione argumenti ultimi nos remissos volumus.

Hæc sunt quæ pro asserenda autoritate communium opinionum à patronis earum afferri solent; ex quorum refutatione denuò constat,multum errare eos, qui cōi opin. necessariam autoritatem attribunt, illamque in jure controverso decidendo sequendam, & secundum eam pronunciandum statuunt;nec ut illi volunt sententiam contra communem latam ipso jure nullam existere, prout quæ contra jus scriptum lata fuit,ipso jure nulla existit.

DECI-

DECISIO SECUNDA.

An & quatenus vera sit vulgata practicorum Theorica, qua intentionem suam fundatam habere dicitur, qui regulam pro se habet. Et quid regulæ verbo contineatur?

ACCIDIT quandoque, ut ad casus propositi determinationem allegaretur vulgata juris regula, quod destinatum ad rem haut pro reipsa, & factum ac destinatum per paria censeantur, de qua interpp. communiter *ad l. pen. de milit. testam. & in l. inter cætera §. sed etsi de lagat. 1. Gabriel. de præsump. lib. 1. concl. 12. Tiraq. lib. 1. retract. §. 1. gloss. 7. & in tract. de legib. connub. gloss. 2. n. 30. Cotta in memorabilib. verb. vestibus legatū*; indeque decisio peti voluerit, eo quod, juxta receptam practicorum theoricam, intentionem suam fundatam habere censeatur, qui regulam pro se habeat. Quæ argumentandi ratio, cum fallax, incerta & lubrica mihi videretur, in veritatem dictæ Theoricæ, quatenus illa obtineat, & num ad communes juris sententias hujusmodi habentur sub tit. de regulis Juris; pertineat, inquirendum duxi. Non desunt, ex quibus id dicendum videtur. Et *primo* quidem ex vi & usu verbi, quippe cum sentētiæ hujusmodi καт' ἐξοχὴν & quadam eminentia Regularum verbo veniant, ut ita in illis maxime supra dicta Theorica verificari videatur, cum verbum absolute positum in potiori significatu accipi debeat per vulgat.

Deinde ex Etymologia & notatione nominis, tradita *in c. 2. dist. 3.* ubi ex Isidoro regula inde dicta esse perhibetur, quod rectè ducat, nec aliquando aliorsum trahat, vel quod regat, & normam rectè vivendi præbeat, distortum pravumque corrigat, ut ita per regulam hoc loco significemus, brevem quandam sentētiam juris, ad quam veluti normam exploretur, quid in quaque juris quæstione, ac difficultate proposita, rectum, æquum ac verum sit, definitore Fabro *ad l. 1. de reg. juris.*

Cui accedit *tertiò*, quod lex & regula sint æquipollentia, & per

F regu-

regulam lex definiatur *l. 2. de ll.* Atqui ad leges suprà dictam juris Theoricam pertinere nemo negabit.

Facit *quartò*, quod sententiæ hujusmodi non simpliciter Regulæ vocentur, sed cum additamento, Regulæ juris nuncupentur, ut ita ad decidendas quæstiones juris non minus & illæ pertineant, quam alia juris nostri capita, cum juris verbum uno & eodem semper sumatur modo, nimirum pro præcepto æqui, quod jubeat quæ recta sunt, & prohibeat contraria.

Quinto argumentum sumi poterit, ex collocatione & situ titulorum, qui sunt *de reg. jur.* siquidem tum civili, tũ canonico jure in numerum aliarum specierum juris referuntur, sicuti videre est in Digest. decretis & decretalibus, ubi ad finem semper annectuntur tit. *de reg. iur.* ut ita quemadmodum ex præcedentibus titulis decisiones sumuntur, ita & ex ultimo eis cohærente & annexo firmiter inferre liceat, quod nisi dicamus & vim juris illis communicemus.

Sextò, inde sequeretur, quod nullus alioquin regularum hujusmodi sit usus, & frustra à Justiniano in peculiarem titulum sint relatæ, quod dictu absurdum & inconveniens.

Urget *septimò* quod ratio naturalis vim legis habeat, & quærere legẽ, ubi naturaliter sentimus defectum mẽtis arguat ut post Dd. commun. tradit Borch *de verb. obl. c. 2. n. 122.* cui consequens videtur non minus ex superioribus juris regulis, quam ex aliis legibus specialibus decisiones sumi posse, cum regulę ejusmodi in naturali ratione sint fundatæ.

Idem *octavò* velle videtur Gratianus *in c. consuetudo, §. porrò, dist. 1.* ubi ratione legem consistere, adeoque rationem, ipsammet legem esse asserit; si ratione, inquit, lex consistit, lex erit omne, quod ratione constiterit; Cui consequens est, ex rationibus sumptas argumentationes jurisq; regulas vim legis habere.

Facit *nonò* quod legum rationes, quibus illæ, ut modo dictum, ceu fundamento innituntur, ex regulis & sententiis juris, de quibus agimus, desumantur; ut, quod prætor actionem constitutæ pecuniæ intro-

introduxit, ejus ratio sumitur ex regula naturali, quia grave est fidē fallere: quod actionem negotiorum gestorum dedit, rationem habet in regula juris, quia nemini officium suum debet esse damnosum; & sic deinceps aliæ juris constitutiones ex aliis jurium regulis dependent, indeque suum esse habent.

Confert *decimo*, quod liceat ex identitate rationis argumentari, & de uno casu ad alium procedere, ita ut ubi eadem est ratio; ibi idem jus sit constituendum, & ubi diversitatis ratio reddi nequit, ibi nec diversum jus observari debeat, per text. *in l. non possunt 12. cum l. seq. Dig. de ll l. ideoq. 27. l. de quib. 32. eod.* cujus exempla extant *in d. l. de quibus, §. inveterata, de legib. in l. quadam 9. §. numulularios, de edend, in l. ut tantum 14. de serv. corrupt in l. 3. §. fin. de constit. pecun. in l. illud quæsitum 32. in pr. ad leg. Aquil. in l quia 11. de præscr. verb. in l. quoties 21. eod. in l. cum mulier 47. sol matr. in l. unic. in prin. de bon poss ex testam. milit. in l. cæteræ 41. §. sed &, de leg. 1. in l. nec in eo 22. de adult. in l. si postulaverit 27. eod. in l. à Titio 108. de verb. obl. in l. ult. C. de inoffic. donat. & §. eadem ratione, Instit. quod cum eo qui.*

Facit *undecimo*, quod propter æquitatem & utilitatem publicam à jure constituto recedere, vel nondum constitutum constituere & noviter introducere liceat *l. 2. de constit. pec. l. in omnib. 90. l. 144. l. ea quæ 192. de reg. jur. l. placuit, C. de judic. l. ita vulneratus, § pen ad l. aquil. l 3. de offic. prætor. c. fin. ext. de transact* Hinc si dormiens quem occidat, ut, homicida puniri nequit per trad. à Claro *in prax. crim. §. fin quæst. 60.* quæ exceptio ex persona facientis sumpta licet destituatur lege, attamen propter æquitatem admittenda venit. Sic licet judex ex officio in crimen inquirere illudque punire possit, si tamen læso nulla ejus criminis nomine competat actio, prout in bannito obtinet, ipsius etiā magistratus inquisitio, & pœnæ impositio cessabit; quod licet speciali lege decisum non extat, merito tamen recipi debebit, cum evidens ejus sit æquitas, & pœnam non mereatur, quod lege permittente fit, juxta vulgatam juris regulam traditam *in l. Gracchus . cap de adult.* Aliud exemplum extat apud Jul. Clar. *§. fin. quæst. 4. & quæst. 52. in prin.* non rarò in judiciis adversus Accusationes publi-

eas maxime accusationem homicidii, ex parte Reorum opponi solet exceptio, quod nondum constet an crimen, de quo accusatio instituta fuit, commissum sit; deest lex specialis, qua exceptio ista fundetur, attamen propter evidentem æquitatem communi opinione approbatur & in foro admittitur; unde licet quis fateatur, hominem à se interfectum, si tamen de interfecto non constiterit, confessus ut homicida non est puniendus, annotante post alios Farinac. *in prax. crim. quæst. 2. nu. 11.* ubi autem se nunquam condemnaturum confitentes, se hominem occidisse, atque in mare projecisse, quanquam prope mare habitent. Sic ad nudam confessionem furtorum in diversis locis factorum nemo debet condemnari ad pœnam mortis, nisi prius constet de furto, referente Modestin. Pist. *qu.* 117. ubi exemplum ponit in fure, apud quem inventæ fuerunt variæ merces, quas confessus fuit, se in nundinis furatum in variis tabernis mercatorum; Et ut constaret de veritate delicti, per proclama denunciatum, ut si quis perdidisset aliquid, is hoc indicaret judici, quanquam eo casu Pist. putet hujusmodi confitentem condemnandum fuisse, eo quod verisimilis sit illa confessio, cum fuerint res varii generis, nec appareat de alio titulo.

Duodecimo affertur *l. 3. de offic. adsess.* ubi Martian. ait, quod licet infames speciali lege non prohibeantur assidere, tamen ipsos adsessores esse non posse: Cujus ratio dependet ex vulgata juris regula, quod infamibus portæ dignitatum non pateant, & semel malus semper malus præsumatur.

Decimo tertio & ultimo non parum facere videtur, quod multa jure nostro arbitrio judicis decidenda committantur, ubi certè ex bono & æquo, sive probabilibus rationibus, argumentis topicis, & regulis juris decisionem sumi necesse est, cum alias ad determinationem perveniri non possit: cujus exempla hinc inde jure nostro occurrunt, & magno numero collegit Jacob. Menoch. *in tract. suo de arbitrar. judic. quæst. per tot.*

At his nõ obstantibus, magis est ut dicamus supra dictam practicorum Theoricam, qua intentionem suam fundatam habere dicitur,

citur, qui regulam pro se habet, in communibus illis sententiis, jurisque regulis, quales continentur sub titulo de reg. jur. minimè verificari, nec appellatione legum, quas judicando attendi debere diximus, generalissimas illas juris sententias contineri, sed speciales cujusque casus definitiones significari; Idque probatur tum apertis juris nostri textibus, tum evidentibus inde desumptis rationibus. Ex textibus *primò* occurrit l. 1. de reg. jur. ubi Paulus ex regula, inquit, jus non sumitur: quibus verbis significare voluit, ex generalibus illis rationibus seu regulis & sententiis generalissimis, quales continentur sub tit. de reg. jur. non posse dari actionem, exceptionem, aut aliud jus, nisi speciali aliqua lege adjuvētur, explicante ita Nic. Vigel. in notis *ad d. l. 1. de reg. jur.* Nec obstat, quod subjicit Paulus per regulam brevem, quandam rerum narrationem tradi, & esse quasi causæ conjectionem, quo ipso innuere videtur, legibus certis & specialibus deficientibus, licere judici ex regulis illis generalibus, quasi ex quibusdam inditiis, jus causæ conjicere, vel aliquid, quod sequatur, præsumere; siquidem non indefinitè sed limitate verba illa excutienda, & ad quæstiones facti, aliasque causas arbitrarias referenda esse, ex subsequentibus manifestum fiet.

Cui concordat *secundo* ejusdem Pauli Responsum, quod extat *in l. 5. de probat.* ubi, ab ea, inquit, parte, quæ dicit adversarium suum aliquo jure prohibitum esse, specialiter lege vel constitutione id probari oportet.

Accedit tertio *l. si vero 64. §. de viro solut. matrim.* ubi Ulp. in quibus, inquit, casibus lex deficit, non erit nec utilis actio danda.

Confert *quarto l. 3. in fin. de offic. præsid.* ubi Paulus habet, inquit, præses interdum Imperium & adversus extraneos homines, si quid in alium commiserint; nam in mandatis principium est, ut curet is, qui provinciæ præest malis hominibus purgare provinciam, nec distinguitur unde sint.

Quinto facit *l. 10. de publ. in rem act.* ubi Cajus, de precio, inquit, soluto nihil exprimitur, unde potest conjectura capi, quasi nec sententia prætoris ea sit, ut requiratur, utrum solutum sit precium, nec

ne; quod perinde eſt, ac ſi dixiſſet, deficiente lege ſpeciali, non licere diſtinguere, utcunque probabilis aliqua ratio diſtinctionem ſuadere videatur.

Sexto idem haud obſcurè innuitur *in l. 1. §. calumniatoribus. ad Turpill. & l. 15. ad municip.* ubi dum aſſeritur, facti quidem quæſtionē eſſe in arbitrio & poteſtate judicantis, juris verò autoritatem non eſſe; eo ipſo ſignificatur, non licere judici deficiente lege ſpeciali, quid pro jure ſtatuere, & ex privato ſuo arbitrio, motuq; mentis de jure judicare.

Idem *ſeptimò* datur intelligi ex *pr. Inſtit. de offic. judic.* ubi Juſtin. illud judicem obſervare debere ait, ne aliter judicet quam legib. cōſtitutionibus, vel moribus proditum eſt, quibus verbis, non generales juris ſententias & regulas, ſed ſpeciales deciſiones intelligi minime dubitandum.

Facit *deniq; §. ſed iſtæ quidem, Inſtitut. de actionib. & §. hac exempli cauſa. de except.* ubi dum Juſtin. ait, quod omnis actio & exceptio, aut ex civili aut prætorio jure deſcendat, exceptiones & actiones ex rationibus, regulis generalibus, aliiſque argumentis, pro cujuſq; arbitrio excogitatis, admitti non debere indicat.

Ex rationibus quibus ſententia noſtra comprobatur, & cōtraria refutatur, *primo* non levis momenti eſt ea, quod jus noſtrum finitum, & certis cancellis circumſcriptum eſſe debeat, monente Neratio *in l. 2. de jur & fact. ign.* Atqui ex regulis juris, argumentis topicis & ſententiis generaliſſimis, ſi argumentari, & jus inde conſtituere liceret, finitum jus non haberemus; ſiquidem nulla erit regula, quæ non excipiendo, nulla exceptio, quæ non replicando, nulla replicatio, quæ non duplicando, & ita deinceps limitari & diſtingui poſſet, excogitata probabili aliqua diſtinguendi ratione.

Deinde, ut finitum ita & certum jus noſtrum eſſe debere *ex d. l. 2.* haud obſcure patet; quod enim finitum eſt, idem & certū eſt, nec incerta ſede vagatur. Atqui ex generaliſſimis illis ſententiis, quod deſumitur, plane incertum exiſtit, cum regulis & ſententiis iſtiuſmodi aliæ regulæ facile objici poſſint, & argumenta contrariis argumentis

gumentis

gumentis elidi; adeoque quod uni forte probabile & æquum visum fuit, alteri iniquum & minus probabile videri posset.

Unde *tertium* ab absurdo consequenti desumptum argumentum resultat; Cum enim, teste Aristotele, probabilia ut plurimum inter se sint contraria, fit ut quæ ab aliquibus ex probabili aliqua ratione, introducta fuit distinctio juris, ab aliis contraria argumentādi ratione, improbetur, indeque jus controversum existat, idq; contrà naturam & rationem juris bene constituti, ut quod certum & finitum esse debebit, *per d.l.2.de jur.& fact.ignor.*

Quarto omne jus ita comparatum esse debebit, ne quis verisimilem ejus ignorantiam prætendere possit, contra regulam traditā, & exemplis declaratam *in l.1.l.2.l.3.l.4.l.7 l 8.l.9.& tot.titul.de jur.& fact.ignor.* At ex regulis hujusmodi, sententiis generalissimis, & argumentandi rationibus, quod desumitur, ejus probabilis est ignorantia, cum sit incertum, & dubium, nec sensibus nostris expositum.

Quinto non rationibus, sed legibus pugnandum esse docemur exemplo *l.4.C.de verb.sig.* ubi legatum illi, aut illi relictum copulativum esse dicitur, cum tamen ex disputandi ratione disiunctivum potius esse videatur, *juxta l.si ita 43. §. fin.de leg. 2.* Sic licet quod sub conditione debetur possit vendi *l.17. & 19.de hæred. vel action. vendit.* item, donari *l 3.C.de donat.* non tamen, quod sub conditione legatum fuit, ante existentiam conditionis, alii delegari potest, *l. legata 41.de condit.& demonstr.* quod utique juxta *d.l.17.& d.l.13.* dicendum esset, si rationibus & argumentis pugnare, indeq; jus constituere liceret.

3. *Sexto* non ex rationibus & regulis juris actiones vel exceptiones sumi; & inde agi vel excipi posse, inductione exemplorum demonstratur. Licet enim regula sit, jure nostro fundata, nemini officium suum debere esse damnosum *l.7.quemadm.test.aper.l si servus 63. §.quod vero, de furt.* ex illa tamen, utcunque naturali jure subsistat, is qui aliena negotia gessit, non potuisset actionem negotiorum gestorum intentare, nisi hoc ipsi ex edicto prætoris

quod

quod habetur *in l.1.de negot.gest.* concessum fuisset. Nihil tam congruum est fidei humanæ, quam ea servare quæ semel placuerunt *l.1. in princ.de pact.l.1.de constit.pecun.17.commod.* Ex hac tamen regula actio ex pacto non datur, nisi edicto prætoris, aut alia speciali lege adjuvetur *l.6.de pact.* ubi Paul. interdum, inquit, ex pacto actio nascitur, quoties scilicet lege vel Senatusconsulto adjuvetur. Similiter, licet grave sit fidem fallere, nec promissis stare, ex hac tamen regula, utcunque in jure naturæ fundata, actio cōstitutæ pecuniæ intentari non potuisset, nisi prætoris edicto introducta fuisset, *l.1. & tot. tit.de constit.pecun.*

Sic licet regula sit, quod semel placuit amplius displicere non debet, *c.quod semel, de reg.iur.in 6 l.9.quod met.caus.l.17.commod.* Ex illa tamen donator, ut donationem factam adimpleat, & rem donatam tradat, conveniri non potuisset, nisi constitutio Justiniani, quæ est *in l.argentum 36.C.de donat.* accessisset.

Regula est, non debere alteri per alterum iniquam conditionem inferri, *l.non debet, 74.de reg.iur.* ex illa tamen, data non fuisset actio, qua actor revocare potuisset rē, quam adversarius judicii mutandi causa, quō Actori potentiorem adversariū subjiciat, alienavit, nisi ea de re peculiare edictum à prætore propositum fuisset, quod habetur, *in l.1.de alienat.iudic.mut.caus.* facta, quod prætoris edictum supervacuum fuisset, si ex superiori regula actio daretur, id quod dictu est absurdum, *l.16.in pr.de minorib.*

Idem de aliis actionibus dicendum, quæ licet justissimis rationibus nitantur, non tamen ex iis competunt, sed ex legibus, quibus specialiter sunt introductæ.

De actionibus quod diximus, oportere illas speciali lege esse fundatas, idem de exceptionibus obtinet; nec enim ulla admittenda est exceptio, nisi quæ speciali lege nitatur, & autoritate ejus, penes quem est legis condendę potestas subsistat. Quo attento haud difficile erit plerasque ab interpp. excogitatas jurium distinctiones dijudicare; quia enim falso persuasum habent, jus & juris exceptiones, non solum ex legibus specialibus, sed & ex regulis generalibus

&c argumentis topicis desumi, levibus sæpe rationibus leges distinguunt &c exceptiones adversus eas comminiscuntur, quæ ab aliis postea impugnantur; at si præsupponamus, ex regulis, sententiis, & argumentandi rationibus, jus non desumi, regulæ adhærendum erit nec controversa & dubia exceptio adversus eam admittenda, *juxt.l.1.§.sed si sciente, vers. in re igitur dubia, de exercit. act. l. non alia 69. in pr. de leg. 3. l. 8. §. si dubitari, quib. mod. pignor. vel hyp. solo.* Quod ne sine exemplorum appositione obscurius dici videatur, unum atque alterum adduxisse exemplum, necessitas est. Evidens ejus rei exemplum occurrit in exceptione Sċti Macedoniani; contra conditionem ex mutuo, qua agitur ad solutionem pecuniæ mutuo datæ, inter alias exceptiones opponi solet exceptio, quod filiofamil. mutuo pecunia data sit quam Sċti Macedoniani exceptionem vocamus; Rationem & causam, quâ introducta fuit, refert Ulpian. *in l. 1. in prin. ad Sct. Macedon.* indeque repetiit Tribon. *in §. illud propriè, Instit. quod cum eo qui in al. pat. est*; At licet ratio illa jam olim extiterit, & omnibus æqua visa fuerit, attamẽ creditori mutuum cõdicenti exceptio illa opponi non potuit, donec tandem speciali lege à senatu introduceretur, postquam senatus constitutionem illam creditori opponere licebat, ante illam non licuit, utcunq; etiam ratio tum fuerit, & regula cui innititur hæc exceptio illo quoque tempore extiterit.

Idem circa exceptionem soli Vellejani advertere licet, quæ licet optima ratione, quam refert Ulpian. *in l. 2. ad Sċtum Vellejan.* in introducta fuerit, attamen ante senatus constitutionem exceptio illa, quod mulier pro alio intercedere & fidejubere nequeat, opponi non potuit, quamvis eadem ratio etiam tum fuerit, & sexus imbecillitas quam exceptionis illius causam introductivam Ulpian. notat, illo quoque tempore extiterit. Sic cum ex statuto loci, mobilia defuncti bona uxori superstiti, immobilia verò cognatis deberentur, & verò de pecunia, qua maritus prædium emere constituerat, & nisi mors ejus propositum intervertisset, reipsa emisset, contentio esset, uxori pecuniam hujusmodi adjudicatam scio, eo quod pecu-

nia sine dubio sit è numero rerum mobilium, quippe cum de loco in locum moveri queat, nec exceptio, si ad emptionem rei immobilis sit destinata, quasi tunc immobilium naturam induat, jure introducta inveniatur; non attentâ vulgatâ illa juris maximâ, quod destinatum ad rem habeatur pro reipsa cum ex regulis hujusmodi & sententiis generalissimis jus non sumatur, nec ex illis leges distinguere liceat. Similiter licet regula sit, quod semel placuit amplius displicere non debere *l.1.de pact.* inde tamen non efficitur, quo minus testamentum semel conditum mutari, & aliud condi possit. Sic an legatum in testamento à patre inter liberos, nullis adhibitis testibus condito, uxori testatoris relictum, jure valeat, quæritur. Sane legatum in testamento inter liberos extraneæ personæ relictum non valere juris est certi *l.hac consultissima. §.ex imperfecto, Cod.de testament.* excipiunt plærique casum, si uxori testatoris quid sit relictum, hujusmodi enim legatum ex eo subsistere arbitrantur, quia arctissima, quæ inter maritum & uxorem intercedit, conjunctio facit, ut duo sint in carne una, nec proinde uxore pro extra persona reputari debeat, & quia principali, puta hæredis institutione subsistente, accessorium etiam subsistat; at male cum ex regulis & sententiis hujusmodi jura non sumantur, ut taceam contra illam exceptionem apertum extare textum *in authent.de testament.imperfect. cap.1.§.si tamen.*

In testamento tempore pestis condito quotnam testes requirantur vulgata est quæstio? Regulariter septem testes ad testamenti validitatem desiderantur; Excipiunt Dd. communiter testamentum tempore pestis conditum, quia in testamento belli tempore in militia condito testes duo sufficiunt, & verò tempus belli & tempus pestis æquiparentur, cum pestis tempore militia sit inter Deum & homines; At cum exceptio illa speciali lege destituatur, nec ex argumentis topicis leges distinguere liceat, illam utiq; non non admitterem nisi in Camera Imperiali, Geilio & Mynsingero attestantibus, admissa esset. Idem de aliis exceptionibus, & distinctionibus juris, lege speciali destitutis, judicium esto. Ex quibus pa-

tet,

tet, ex rationibus, ſententiis generaliſſimis, & argumentis topicis, jus non ſumi, adeoque ſupra dictam practicorum theoricam, qua intentionem ſuam fundatam habere dicitur, qui regulam præ ſe habet, in communibus illis ſententiis, juriſque regulis quales continentur ſub tit. *de reg. jur.* minimè verificari, nec ad decidendas juris quæſtiones illis uti licere.

Nec quæ in contrarium allata fuerunt, tanti ſunt momenti, ut aliud inde evinci queat.

Quod enim, *primò* ex vi & uſu verbi afferebatur parum ſtringit; ſiquidem regulæ verbum polyſimon eſſe, noverimus, Primò quippe omnis lex & conſtitutio regula appellatur, uti textus eſt *in l. 2 sed & de ll.* ubi lex definitur regula juſtorum & injuſtorum; Cui concordat *c. 1. cum ſeq. diſtinct.* 3 ſunt enim leges nihil aliud, quàm regulæ actionum humanarum. Deinde per regulam ſignificantur prima juris principia, generaliſſimæ juris ſententiæ, argumenta & rationes topicæ, cujuſmodi eſt, afflicto non eſſe addendam afflictionem, neminem debere locupletari cum alterius damno, Qui ſentit commodum eundem etiam debere incommodum, bonam fidem in contractibus attendendam, vim vi repellere licere, &c.

Priori ſignificatu, quando ſumitur & per regulam ſpecialis cujuſque actionis vel exceptionis definitio ſignificatur, locum habet ſupra dicta practicorum theorica, quod intentionem ſuam fundatam habeat, qui regulam pro ſe habet, & eſt illa potior hujus verbi ſignificatio; minime obſtante, quod quę ſub tit. ult. Digeſt. cōtinentur ſententiæ, vulgato loquendi uſu, regulæ appellantur, quia enim commodius & ſpecialius verbum non competit, generali verbo ſententias hujuſmodi ſignificari placuit, prout & alias uſitate receptum; nec omnis ſynecdoche, dum commune nomen ad ſpeciem cōtrahitur, & generali verba certa ſpecies ſignificatur, pręeminentiam in ſe habet, ut ex verbo adoptionis, cognationis, & ſimilibus patet.

Unde & quod *ſecundo* de notatione & Etymo vocis afferebatur, parum obſtabit; ſiquidem quæ ex allata Etymologia vocis opera-

tio, & efficacia colligitur, regulisque adscribitur, non ad quasvis regulas, sed priori significatu sumptas, pertinet, quibus etiam definitio ex Fabro allata proprie convenit, nec ad generales juris sententias porrigi poterit, cum longè alia regularum hujusmodi sit ratio, ac proinde alia etiam definitio, tradita à Paul. *in l. 1. de reg. iur.*

Nec omnis regula legi æquipollet, prout *tertiò* inferri voluit; omnis sane lex est regula, at non omnis regula lex est, si legis verbum limitatè pro speciali cujusque causæ determinatione sumamus.

Et quod sententiæ hujusmodi (quod erat *quartum* contrariæ opinionis fundamentum) nō simpliciter regulæ vocantur, sed cum additamento regulæ juris nuncupantur, non eo id fit intuitu, quasi ad decidendas quæstiones juris, non minus & illæ pertineant, quam alia juris nostri capita, sed quia sentētiæ hujusmodi ex jure sunt collectæ, prout additamenti illius rationem & causam reddit Paul. *in d. l. 1. de reg. iur.*

Ex collocatione & situ titulorum, quod *quinto* inferebatur non magnæ est importantiæ, & refellitur aperte per Paul. *in l. 1. de reg. iur.* imo talem vim & utilitatem regulis hujusmodi si compilatores tributam voluissent, non ad finem illas rejecissent, sed initio præmisissent; quod cum non fecerint, sed ad finem rejecerint, eo ipso indicatum voluerunt, non eandem, cum antecedentibus, illas habere autoritatem, sed talem, qualem initio *dict. tit. de reg. iur.* ex Paulo referunt; Nec dici potest, eam ob causam ad finem illas reservatas, ut significetur, deficientibus legibus specialibus, ad illas recurrēdum, indeque decisiones sumendas; nec enim conjecturam hujusmodi patiuntur, quæ de vi & autoritate regularum, ex Paulo initio d. titu. referuntur, ex quibus de mente compilatorum apertè constat, ut proinde in manifestis locus non sit conjecturis.

Nec tamen ut *sexto* putabatur omnis planè vis & autoritas regulis hujusmodi adimitur. Etsi enim actiones, exceptiones, & alia ejus generis argumenta, ex regulis hisce generalissimis non sumantur, attamen in quæstionibus facti, & cæteris causis ex arbitrio judicis pendentibus præsumptiones & indicia ex illis depromi possunt,

puta

Puta si dubitetur, An & à quo aliquid factum sit? Qua mente sit factum? Quid præsumendum veniat? quibus casib. cum leges speciales præscribi nequeant, ex generalib. illis jurium regulis judici conjecturam sumere, sicque veritatem indagare licet.

Quod *septimo* ratio naturalis vim legis habere dicebatur, falsum planè & erroneum reputamus, pro ut ex supra dictis satis patet, & apertè demonstratur exemplo *l.1.de constitut.pecun.* ubi ut ex constituto detur actio, prætor desideratur, utcunque naturali æquitati conveniens fuerit, pacta conventa servari.

Vnde &, quod *octavo ex c.consuetudo, §.porrò. distinct.1.* afferebatur, sponte corruit; non enim ratione consistit lex, sed autoritate legislatoris, & consensu populi, siquidem lex etiam parum rationabilis vim suam obtinet *l.prospexit. qui & à quibus manum.*

Nec quod regulæ legum rationes existant, ad evincendum contariũ facit, pro ut inde *nonum* pro contraria sententia petebatur argumentum; Etsi n. secundũ traditionem Logicorũ, quicquid est causa causæ, etiam sit causa causati, eoque intuitu rationes legum, pro causis illarum accipiendæ videantur, si tamen penitus inspiciamus, regulam seu rationem legis, minimè actionum, & exceptionũ, adeoque juris constituti causam esse animadvertemus; siquidem ratio per se, & absolutè considerata, jus agendi vel excipiendi non cõstituit, sed quatenus lege speciali fuit confirmata, ut ita confirmatione legislatoris deficiente, rationes hujusmodi pro nullis habeantur, quippe efficacia omni destitutæ.

Non magis obstat *decimum* contrariæ sententiæ fundamentũ. Licet enim ex identitate rationis quandoque disputari, & de uno casu ad alium inferri soleat, id tamen nõ quovis casu, nec cuvis permissum esse noverimus. Sane quod attinet Imperatorem, & eos, penes quos est legum ferendarum potestas, illis per rationem unius legis, alteram distinguere licere, indubitatum existit; Cui enim jus est ferendi leges, ac mutandi, eidem etiam interpretandi & distinguendi potestas non denegabitur *l.ult.§.cum igitur, C.de ll.* At non eadem judici & interpretibus permissa est licentia, ut ex ratione unius legis,

gis, aliam quæ ſimpliciter loquitur diſtinguere liceat, ſed obtinebit ibi vulgatum illud, quod ubi lex non diſtinguit, ibi nec nos diſtinguere debeamus, prout rectè animadvertit Nicol. Vigel. *in Dialect. juris loco, à ratione legis vel alterius diſpoſitionis pagin. 318. per textum in l. 11. ff. de præſcript. verb. ibi ſupplet prætor, cui conc. l. ſi vero, 64. §. de viro ſolut. matrimon. l. 2. §. ſed quia, §. ſi quid, C. de vet. jur. enucl.* paucis caſibus exceptis quos refert Vigel. *d. loc. pag 320. cum ſeq.* puta ſi evidens æquitas, quæ nullam dubitationem admittat, diſtinctionem ſuaſerit *l. 143. de regul. jur.* ſi id quod minus licere videtur, propter rationem aliquam lege ſit permiſſum, vel ſtatutum, tunc enim alia lex in caſu, quo magis licere videtur, ex identitate rationis diſtingui poteſt, *l. nec in ea 22. §. ſed quia ff. ad leg. Jul. de adult.* ſi lex altera, quæ diſtinguitur, judici permiſerit cauſæ cognitionem, tunc enim Judex, cauſâ cognitâ, pro ſuo arbitrio eam legem, quæ nihil certi definit, ſed cauſam ipſius arbitrio permiſit, ex ratione alterius legis diſtinguere poteſt; Item, ſi cauſa diſtinctionis ſit favorabilis, nam & tunc admitti poteſt diſtinctio, ex ratione alterius legis *l. cætera 41. §. ſed etſi, de leg. 1.* ubi cum legari prohibita eſſent ea, quæ ædibus juncta ſunt, Paulus diſtinguit hoc modo, niſi ad opus Reipublicæ faciendum ſint legata, idque à caſu ſimili, nam ait, Imperatorem ſeverum conſtituiſſe eos, qui Reipublicæ ad opus promiſerunt, poſſe quid detrahere ex ædibus ſuis, eoque ad id opus uti. 1. ſi denique in uno relativorum, quid ſit cautum, vel ſtatutum, cujus ratio in altero quoque ſit eadem, tunc enim lex alterius correlativa, per eandem rationem diſtingui poteſt, *leg. non debet, 41. de regula juris, leg. 21. §. unde eleganter, de arbitr.*

Quod *undecimo* de æquitate ejuſque autoritate affertur, verum eſt, ſi evidens ſit æquitas, ita ut nullam dubitationem in contrarium admittat, prout contingit in exemplis adductis atque neque per ſe evidens, neque ſcripta eſt, ſed argumentis colligitur, de qua adhuc dubitari poſſit, attendenda non eſt, prout plu-

ut pluribus exponit Vigel. *in Dialect. jur. libro 2. titul. de thesi disputanda pag. 424. cum sequ. Ad l. 2. de offic. adsess.*

Duodecimo allata responsio sic sumitur ex ipso textu, quod enim Marcianus ait, infames assessores esse non posse, utcunq; edicto prætoris non prohibeantur, ejus rationem non desumpsit ex vulgatis illis sententiis, sed quia ita constitutum sit, ut habent verba textus.

Non major est difficultas circa *ultimum* nobis oppositum argumentum; quando enim judici causæ cognitio apertè permissa est, utique potest pro suo arbitrio eam legem, quæ nihil certi definit, ex alia lege vel probabili aliqua ratione distinguere, & ex regulis juris, de quibus agimus, animi sui motum informare, per ea quæ diximus supra circa argumenti sexti refutationem, ubi quæ dicta sunt, hûc repetita volumus.

Atque ita evicimus ex regulis & sententiis generalissimis, quales continentur sub titulo *de regul. juris.* jus non sumi, adeoque in illis, supra dictam practicorum Theoricam quâ intentionem suam fundatam habere, dicitur, qui regulam pro se habet, minimè verificari, nec ad decidendas juris quæstionis illis uti licere; alioquin enim neque certum neque finitum jus esset posset, *contra l. 2. de jur. & fact. ign.* quippe cum nulla lex tam firma esset, quæ non aliqua ratione infirmari, vel distinctione mitigari posset.

DECISIO

DECISIO TERTIA.

Si Iudex aliud fieri vidit, vel præsens audivit, aliud verò vel nihil planè sit probatum, Num suam potius scientiam sequi, An verò secundum Acta & probata judicare debeat.

QVODNAM & quale sit Judicis officium, quidque ipsi incumbat, si in jure status causæ consistat, & in juris quæstionem litigantium disceptatio deveniat diximus supra decisione prima. Illud in primis observare debet Judex, ne aliter judicet quam legibus, cōstitutionibus aut moribus proditum est, inquit Imperator. Justin. *in princ. Instit. de offic. iudic.* id quod Div. Ambrosiius jam olim etiam judicem monuit ut refertur *in c. iudicet, caus. 3. q. 7.* Bonus, inquit, Judex nihil ex arbitrio suo facit, sed juxta leges & jura pronunciat, statutis juris obtemperat, non indulget propriæ voluntati. Idem in specie, in ordinat. Cameræ Imperial. *part. 1. tit. 13.* judicet assessoribus Cameræ præscriptum, ne scilicet ex proprio nudoque arbitrio & privata sua conscientia, sed ex legibus constitutionibus publicis, & probatis consuetudinibus jus dicant. Videamus quodnam & quale judicis officium esse debeat si in facto status causæ consistit. Facti quæstio in arbitrio est judicantis, inquit, Jureconsultus Papin. *in l. 15. ff. ad municipal.* quam eandem judicandi regulam repetitam & & exemplis declaratam habemus *in l. 1. §. 4. ff. ad Senatusc. Turpillian. l. 79. §. 1. ff. de iudic. l. 3. in princ. §. 1. 2. & 3. de testib. l. 21. in fin. eod. l. 61. §. 1. ff. de obligat. & actionib.*

Non tamen ex nudo meroque suo arbitrio judici judicare, & quæstionem facti determinare licet, sed ex argumentis & testimoniis quæ rei aptiora & vero proximiora esse compererit, animi sui motum confirmabit, prout ipsi præscriptum legimus *in fin. d. l. 21. de testib.* Exemplum extat *in l. 5. §. 6. ff. de re milit. & in l. 1. §. 3. ff. ad leg. Corneliæ Sicar.* Et hoc est, quod vulgo dici solet judicem secundum Acta & probata, judicare debere. Quid verò si aliud judici sit notum, An non suam potius scientiam, quā Acta & probata sequi poterit?

Pone, causam à litigantibus in judicium esse deductam probationes ab Actore habitas, productas, publicatas, at judicem certò scire, aliter se rem habere, probationes falsas existere, nunquid contra habitas probationes secundum suam conscientiam & notitiam Judex judicare poterit? Pone similiter alterutrum litigantium bonam justamq; fovere causam, at probationem ipsi deesse, judici verò de veritate facti constare, ut puta commisit quis homicidiũ prope ædes judicis, Judex casu ex fenestra conspiciens homicidium fieri vidit autorem cædis benè novit; re in judicium deductâ Reus negat factum, Accusatores probatione destituuntur, nec testibus convinci poterit Accusatus, cum nemo interfuerit videritque præter judicem casu ex fenestra, qui despexit sua; Reum fidiculis extorquendæ confessionis causa, subjici, accusator petit; desunt inditia ad torturam necessaria; numquid verò defectum probationis ex sua scientia Judex supplere poterit? Non convenit inter interpretes. Disputatum ea de re fuit jam olim inter antiquos glossatores Martinum & Johannem: Disputatur adhuc hodie tum inter theoricos in scholis, tum verò maximè inter practicos in foro & judicio.

Judicem secundum ea potius quæ scit, quàm quæ in judicio allegata & probata fuerunt, atque ita secundum conscientiam, nõ verò secundum Acta & probata judicare debere, primus docuit Martinus, glossator antiquus; hunc inter alios secuti fuerunt Vasq. *illustr. controvers. 14.* Oldendorp. *in tract. de jur. & æquitate assert. secun. Corras. ad l. 6. §. 1. numer. 3. ff. de offic. præsid. & 4. miscellan. 20.* Hottoman. *illustr. quæst. 27.* Artum. *disputat. pandect. prima thesi 23.* & plures alii.

Moventur *primo* quod Judex sit & debeat esse vir bonus *juxt. l. 4. §. 1 ff. famil. hercisc.* à viro autem bono nihil magis alienum esse debeat, quàm contra conscientiam quid agere.

Adducunt deinde *l. 2. C. si cont. jus vel utilitat. publ.* ubi judici injungitur, ut pro tenore veritatis, non attentâ supplicantis allegatione cognoscat, & secundum hoc de causa proposita sentẽtiam ferat.

H Idem

Idem *tertio* evinci posse putant *ex l. 6. §. veritas, ff. de offic. præsid.* ubi cum dicatur, quod veritas, rerum gestarum erroribus, non vitietur inde inferunt, veritatem cumprimis judici attendendam, non attento eo, quod falso vel per errorem actum & probatum fuit.

Quartò iniquum & absurdum esse judicant, judicem à propriæ conscientiæ dictamine ad allegata & probata remittere, quia eo ipso à via veritatis ad mendaciũ abduceretur; dum enim quæritur, An Judex secundum conscientiam, An verò secundum Acta & probata judicare debeat, in effectu & re ipsa hoc quæri, utrum secũdum veritatem, An potius mendacium judicari debeat? ubi nemo tam crassi spiritus foret, quin omissa mendacio viam veritatis ingrederetur; jam verò nõ tàm quid verbis, quàm quid sensu expressum est, inspiciendum esse, *juxt. l. 6. de verb. sign. cum similib.*

Quintò inducta ad unum effectum, non debent contrarium ejus operari, juxta vulgatam juris regulam traditam *in l. 25. ff. de legib. l. 6. C. eod. l. 19. C. de fid. instrum. c. 61. de regul. jur. in 6.* Atqui Actorum observatio in eum, *inquiunt*, inducta est finem, ut constet de veritate *l. 3. ff de testib. l. 4. C. eod. l. judices, C. de judic. l. 2. C. de edend.* Quare ad opprimendam & tegendam veritatem usurpari non debent, id quod fieret, si falsa Acta contra conscientiam arripiamus, & ex iis sententiam feramus.

Sexto spretis mediis repugnantibus finis unus est inspiciendus, si adsit juxta quẽ judicemus. *l. emancipatum 7. in fi ff. de senatorib.* Atqui finis Actorum & habitarum probationum est, ut veritas innotescat. Spretis igitur, *inquiunt* Actis, quæ sunt media ad veritatem eruendam destinata, pro veritate quam habemus pronunciare debebimus; quando enim de fine constat, de mediis non debemus esse solliciti, & quando finis habetur cessant destinata ad finem *arg. §. sed si est. Institut. de suspect. tutorib.*

Septimò multum urgent, quod probationes sint arbitrariæ & pendeant ab arbitrio judicis, *iuxt. l. 3. §. 1. cum sequ ff de testibus.* indeq;

deq; inferunt, quod Judex ad Acta & probata non ſit alligatus, ſed ex arbitrio & conſcientia ſua judicare poſſit, Gothofred. *in notis ad d. l. 3. §. 2. lit. C.*

Cui *octavò* ſuffragatur, quod hinc inde Judex ſecundum ſuam relligionem, animi ſententiam, & ſecundum id, quod ipſi viſum fuerit judicare jubetur, text. *in l. 79. ff. de iudic. l. 3. l. 13. de teſtibus. leg. 1. §. 4. ad Turpill. leg. 15. ad municipal.* quo ipſo ſatis, *inquiunt*, oſtenditur, conſcientiam arte boni & æqui inſtructam judici ſequendam eſſe.

Nono judici, *inquiunt*, probandum eſt, non adverſario, cui nunquam ſatisfieret *l. 12. in fin. de probationib.* Atqui ſi dicamus judicem non debere conſcientiam ſequi, ſed ad ſola Acta reſpicere, in effectu nihil aliud dici videtur, quàm judici non eſſe probandam veritatem, ſed ſatis eſſe, falſum defendiſſe.

Decimo ſcientia veri, *inquiunt*, omnium optima eſt probatio, & omnem probandi modum ſuperat ocularis rerum geſtarum inſpectio *l. 32 ff. de minorib.* Quare in cognoſcendo & judicando Judex id quod novit verum eſſe, vel vidit fieri, ſequetur, non attento, quid probatum ſit vel non ſit.

Vndecimò eodem facere videtur *l. 8. §. 1 ff. fin. regund.* ubi cum ad officium judicantis pertinere dicatur, fines agri de quibus contenditur intueri & oculis ſuis ſubjicere, atque ita ſecundum id, quod veniens in rem præſentem comperit, judicare, inde innui videtur propriam potius ſcientiam, quàm aliorum relationem judici attendendam eſſe.

Ad idem comprobandum *duodecimo* conducere putant *l. unic. Cod. ut quæ deſunt advoc. part. iud. ſuppl.* ubi cum Imperatores Diocletian. & Maximian. judicem jubeant, ſi quid à litigatoribus vel eorum Advocatis minus fuerit dictum, id ſupplere & proferre quod ſciat legibus & juri publico convenire, inde ſequi videtur, judicem etiam extra probata ex animi ſui ſententia, & propria notitia judicare poſſe.

Decimotertio afferunt *l. 1. Codic. plus val. quod ag. quàm quod ſimu-*

ſimulat.concip. ubi regula traditur, quod in contractibus veritas potius, quàm ſcriptura attendi debeat; idem conſequenter de probatione, quæ fit per teſtes, judicandum, cum inſtrumenta & teſtes ad paria judicentur.

Decimoquarto prætendunt, ſine peccato transgreſſione, & offensâ præcepti, De non dicendo falſum teſtimonium judici injungi non poſſe, ut neglectâ ſuâ conſcientiâ judicet, eo quod in diffidentiam & deſperationem hoc modo impellatur, ac falſum committere jubeatur, quippe cum non is ſolum falſum teſtimonium dicat, qui veritati contrarium profert, ſed & qui quæ novit & ſentit, in fraudem & detrimentum proximi tacet ac ſilentio involvit.

Moventur denique exemplis ſapientiſſimorum judicum; pro ut in ſpecie eam ad rem adducunt notum illud Salomonis inter duas mulierculas de infante contendentes judicantis, deſcriptum *lib. 3. Reg. c. 3.* ubi κρινόμενον & ſtatus cauſæ in eo conſiſtebat, utrum infans vivus ad Actricem, An ad Ream mulierem pertineret? haud dubie Actrici probatio incubuit, quippe infantem vivum vindicanti & ſuum aſſerenti; at licet nihil probarit, nec probare potuerit, nihilo tamen minus Rex infantem ei adjudicavit, excogitato conſilio, quo veritatem deprehenderet, & quod deerat Actrici ſuppleret; multo magis ita judicaturus de veritate Dei ex propria ſcientia propius & certius ſi conſtitiſſet.

Hæc ſunt quæ pro Martini ſententia afferri ſolent ac poſſunt.

At iis non attentis, contrariam ſententiam, quod nimirum Judex, ſecundum ea quæ allegantur & probantur in judicio, non verò ſecundùm ea, quæ ſcit, ut privatus, judicare debeat, tutiorem & de jure veriorem putamus.

Atque ita primus docuit Johannes gloſſator antiquus, hunc Doctores communiter ſecuti fuerunt, pro ut illam communem dicunt & ſequuntur Jul. Clar. *libr. 5. ſentent. § fin. quæſt. 8. verſ. ult. & qu. 66. num. 2.* Covarruv. *lib. 1. variar. reſolution. cap. 1.* Pinell. *ad l. 2. C. de reſcind. vendit. part. 3. cap. 3.* Delrio *in l. tranſigere, num. 139. C. de tranſactio-*

nib.

nib. Mascard. *de probationib. concluſ. 949.* Cujac. *2. obſervat. 19.* Alciat. *in l. 4. C. de edend.* Pet. Coſtal *ad l. 6. §. veritas, de offic. præſid.* gloſſa & communiter Canoniſtæ *ad cap. Paſtoralis 28. § quia verò, extr. de offic. delegat.*

Primum ſententiæ hujus fundamentum ſumitur *ex d. l 6. §. veritas. de offic. præſid.* ubi præſes provinciæ fidem eorum, quæ probabuntur ſequi jubetur; quod utique taxativè exaudiri debet, ita ut contraria judicis ſcientia excludatur.

Deinde jura noſtra non patiuntur, ut unus idemque ſimul & teſtis & judicis officio fungatur; prout textus eſt expreſſus *in c. 1. cum ſeq. cauſ. 4. qu. 4.* quod utique fieret, ſi deficientibus probationibus, vel præteritis his, quæ in judicio producta ſunt, judici ſecundum ea quæ ſcit judicare permittatur.

Tertiò certa eſt juris noſtri regula, quod deficiente probatione ſuccumbat is, cui probandi onus incubuit, & adverſarius obtineat, tradita *in l. 4. C. de edend. l. 2. C. de probationib. l. 9. C. de except. l. 9. C. de obligat. & actionib.* Ejus verò exceptio, Niſi judex id de quo quæritur ſuis oculis viderit, vel rẽ ita ſe habere ſciverit, nulla lege fundatur, ſed à Doctoribus communiter reprobatur, teſte Kirchovio *4. concl. 69.* Claro *lib. 5. ſentent. § fin. q. 8. verſ. ult. & q. 66. n. 2.* atqui tralatitium eſt, quod ſtandum ſit regulæ donec exceptio doceatur.

Quartò pro communi, quam ſequimur opinione, apertus eſt textus *in c. paſtoralis, § quia verò. de offic. delegat.* ubi ordinarius ad mandatum delegati, ſententiam à delegato latam exequi jubetur etſi ſciat eam injuſtam eſſe, quod utique ipſi injungi non debuiſſet, ſi conſcientiarum relligio attendenda foret.

Quintò textus eſt *in cap ſæpe § ſententiam, lib. 5. clementinar. tit. 11.* ubi Judex ſententiam ferre jubetur, pro ut ex petitione, probatione, & Actitatis conſtiterit.

Sexto clarus pro hac ſententia extat textus *in cap. ultim. cauſ. 15. quæſt. 5.* ubi ut Presbyter officio ſuo privetur, requiritur, ut ſcelus ſponte ſit confeſſus, vel convictus, nec ſufficit Epiſcopo ſcelus notum eſſe.

Denique tutior est hæc ratio finiendarum litium, si Judex secundum Acta & probata judicare jubeatur, quàm si ei permittatur propriam sequi scientiam, & secundum suam conscientiam posthabitis probationibus judicare, cum facile in gratiam amici vel odium inimici quid fingere posset.

Nec obstant ea, quæ pro Martini sententia superius adducta fuerunt.

Primum quod attinet, etsi Judex sit & debeat esse vir bonus, *l.4.famil. hercisc.* & antequam ad judicandi munus admittatur, juramento de administranda justitia obstringatur *l.rem non novam, C.de judic.* Periculum tamen est, ne affectibus aliò interdum abducatur, & pro amico vel contra inimicum quid fingat, quod metuendum non est, si secundum Acta & probata judicare jubeatur. Nec proinde Judex contra conscientiam agere jubetur, cum, si velit, causam alteri delegare possit, vel à superiore impetrare, ut ipse exoneretur ab hujusmodi judicio, ut taceam conscientiam ejus lædi non posse, qui quod facit lege approbante facit, *arg.l.Gracchus, C.ad leg. Iul.de adulter.*

Quod deinde *ex l.2.Cod.si contra ius vel utilitat.public.* adducebatur, judicem ad veritatem respicere debere, non attentâ supplicantis allegatione, parum habet difficultatis, cum nihil aliud ibi doceatur, quam quod rescriptum supplicanti non prosit, si precibus suis Imperatori falsum narrasset, & quod Judex id quod in vero est potius, quam quod narratur attendere teneatur, ut patet *ex Rubrica & l.5.eod.* unde in foro frequenter fieri videmus, ut mandata ad narrata supplicantis subreptitie impetrata cassentur sub & obreptionis exceptione probatâ.

Quod attinet *l 6.§.veritas, de offic.præsid. tertio* loco objectum, exinde minimè probari poterit, id quod illi volunt; cum nihil aliud ibi tradatur, quam quod si probetur error circa rem gestam intervenisse, Judex, errore detecto, id quod in vero est sequi debeat; immò cum præses provinciæ fidem eorum quæ probabuntur sequi jubea-

jubeatur, inde contrarium potius ostenditur; prout etiam legem illam pro defendenda communi opinione primo loco adduximus.

Nec si dicamus judicem secundum Acta & probata potius judicare debere, quàm secundum suam conscientiam, à via veritatis ad mendacium ipsum remitteremus, prout in *quarto* contrariæ sententiæ argumento nobis objectum fuit, cum illa demum censeatur veritas, quæ testibus, instrumentis vel aliis modis probata fuit, non quam vel litigantes vel Judex prætendit; immò si judici secundum suam potius conscientiam judicare permittamus, quam secundum Acta & probata, mendacii potius & fraudis committendæ occasionem præberemus, quàm ut veritatem promoveamus.

Unde quid ad *quintam & sextam* dubitandi rationem, respondendum sit, facilè patet; dum enim Acta & probata observari volumus, nihil quo tegatur & opprimatur veritas suadetur, sed tutior & certior veritatis indagandæ modus ostenditur; nec enim de veritatis indagandæ modus ostenditur; nec enim de veritate sufficienter constat ex eo, quod Judex rem hoc vel illo modo se habere asserit, cum possit falso asserere. Sanè si id de quo quæritur, judici notum sit, ut judici, vel aliàs sit notorium, ulterior probatio necessaria non est *cap. ultim. caus. 5. quæst. 5. in princip. cap prohibentur, in fin. caus. 2. quæst. 1. cap. super eo 3 in princip. de testibus cogend. cap. tua nos 8. in princip extr. de cohabitat. clericor.* at verò si judici non ut judici, sed ut privato, aliquid notum sit, veluti, cum de facto quæritur, quod judex fieri vidit, non attentâ judicis scientiâ probatio desideratur, ut præter ea quę supra adduximus luculenter constat *ex cap. ult. § sed mirandū caus. 15. q. 5. ubi Nicolaus ad Salomonē Constantiensem Episcopum rescribens, mirandum est, inquit, si accusatus ipsemet confessus non fuerit crimē, quo modo notum possit esse Episcopo scelus ab ipso perpetratum, nisi accusatore forte idoneo per testes idoneos approbante; unde si nō fuerit per testium approbationem convictus Presbyter, non est scelus Episcopo legitimè manifestum, nisi sua sponte scelus ipse confiteatur; sola enim spontanea confessio & legitimus testium numerus clericum gradu & officio privat.*

Ad

Ad *septimam* dubitandi rationem respondendum, quod probationes ab arbitrio judicis pendere, adeoque arbitrariæ esse dicuntur, non eo id sensu dicitur, quasi ex mero nudoque suo arbitrio Judex æstimare & pro probato habere possit, quod probandum erat; sed si dubitetur, utrũ probatio sit sufficiens, nec ne, judicis arbitrio permittitur, ut is quod sibi verisimilius videtur, pronunciare possit, puta si testium alii aliud deposuerint, vel idem testis in suo testimonio variaverit *l.2.l.21.§.si testes, de testib. Nov.90.cap.3.concord.c.ult.qu.11.caus.4.cap.in nostra 32.extr. de testib.* si aliud in instrumento contineatur, aliud testes deposuerint *Nov.73 cap.*3, si contra id quod quis confessus est, testes deposuerint, quibus & similibus casibus quid magis sit credendum & quomodo veritas indaganda, discretioni judicis committitur.

Quo sensu etiam exaudiri debet, quod hinc inde Judex secundum suam relligionem, animi sententiam, & secundum, id quod ipsi visum fuerit judicare jubetur; nec enim ut in *octavo opposito* putabatur, inde sequetur, quod Judex secundum suam conscientiam, & sic secundum id quod probatum non est judicare possit.

Quod *nono* objiciebatur, probationem non adversario, sed judici faciendam esse, adeoque supervacuum videri probationibus instruere velle judicem jam ante satis instructum, nihil habet importantiæ, cum, ut suprà diximus, manifestandæ veritatis causa probationes fiant, illa verò sufficienter manifestata nõ censebitur, uteunque judici privatim de ea constiterit, cum is errore labi, vel affectibus fortè aliò abduci possit.

Nec majoris sunt importantiæ, quæ *decima & undecima* objectione continentur, cum Judex ibi non judicet, secundum ea quæ scit, sed secundum ea, quæ evidenti demonstratione ipsi ut judici probata sunt, quæ probandi ratio omnium est optima, & omnem probandi modum superat; nec est ea privata quædam scientia, sed publica & omnibus exposita demonstratio, indubitatam probandi vim habens.

Quod attinet *l.1.c.ut quæ desf.advoc.part.jud.suppl.* duodecimo objec-

objectam, exinde non rectè infertur, quod cum judici permittatur supplere ea quæ à litigatoribus, vel eorũ Advocatis, qui causæ adsistunt, omissa sunt, Judex etiam extra probata ex animi sui sententia & privata notitia judicare possit, nec enim objecta regula absolutè, & indeterminatè obtinet, sed cautione indiget, & cum temperamento est intelligenda; vera est, si de jure Actionis vel exceptionis quæritur, tunc enim, quamvis litigator in jure intentionis suæ probando deficiat, jus tamen judici constet, quemadmodum ei constare debet, *juxt. Novell. 82.* Judex ei qui probatione juris destituitur subveniet, legesque quamvis à parte non allegatas sequetur, sicque suppleri poterit, id quod partibus & Advocatis defuit. Deinde in facti etiam quæstionibus Judex quandoque partibus succurrere, & quomodo veritas erui queat investigare poterit; exemplum extat *in l si servus 50. §. fin. de legat. 1. ubi Vlpian. si numerus nummorum, inquit, legatus sit, nec appareat, quales sint legati, ante omnia ipsius patrisfam. consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est exquirenda, sed & mens patrisfamiliàs & legatarii dignitas, caritas & necessitudo, item earum quæ præcedunt vel quæ sequuntur summarum scripta sunt spectanda.* aliud extat *in l. licet 74. eod. ubi idem Vlpian. Licet, inquit, Imperator noster cum Patre rescripserit videri voluntate testatoris repetita à substituto, quæ ab instituto fuerant relicta, tamen hoc ita erit accipiendum si non fuit evidens diversa voluntas, quæ ex multis colligitur, quid enim si aliam rem à substituto reliquit eidem fideicommissario vel legatario quàm ab instituto non reliquerat, vel quid si certa causa fuit cur ab instituto relinqueret, quæ in substituto cessaret? vel quid si substituit ex parte fideicommissarium, cui ab instituto reliquerat fideicommissum?*

Sic si procurator mandatum non protulit Judex quovis tempore per interlocutoriam potest injungere legitimationem, atque ita supplere id, quod ab adversa parte omissum fuit, gl. *notab. in c. 1. verb. absentia. de elect. in 6. Panorm. in c. cum dilecta. extr. de rescript. Felin. & alii in c. 9. ext. de judic. fac. notat. per Alex. ad l. 4. § hoc autem. de dam. infect. Castr. & Ias. in l. ubi pactum 40. C. de transactionib.*

Similiter si Judex videat ex causa adducta male actum esse, melius

lius verò agi posse ex alia causa, illud (utcunque petitum non sit) actori reservare potest *Bartol. in leg. 1. num 53 & Iason. num. 34. de edend. Bald. in authent. sed si aliquis, Cod. de secun. nupt. exempla & praejudicia ex sententiis Camerae Imperialis observare licet quàm plurima.*

Sic si testis id de quo quaeritur affirmaverit, & adversa pars nihil adversus ejus personam, vel dictum, exceperit, Judex non tenetur ejus testimonio, statim acquiescere, cum ad ejus officium pertineat, illius quoque testimonii fidem, quod integrae frontis homo dixerit perpendere *l. 3. l. 13. in fin. de testib.* At vero, ut non licet judici secundum aliam actionem vel exceptionem, quam quae à litigatoribus proposita fuit, pronunciare, & ea in re, quod partibus deest supplere, quantumvis animadvertat, causam meliori modo agi, vel exceptione meliori defendi potuisse *per text in l. 2. C. senten. resc. non poss. & l. eleganter 23 § si quis post. de condict. indeb.* ita nec in quaestionibus Facti ex privata sua scientia supplere poterit probationis defectum, per apertum text. *in d. c. ult. § sed mirandum caus. 15. quaest. 5. cujus verba superius retulimus.*

Quod ex l. 1. Cod. plus valere quod agit, quam quòd simul concip, allatum fuit pro *decimatertia* dubitandi ratione, nihil ad praesentem quaestionem pertinet; cum hoc tantum ibi dicatur, quod si aliud sit actum, aliud verò scriptum non tàm quid scriptum, quàm quid actum sit attendi debeat, cujus exemplum habetur *in l. 2. ejusdem titul. ubi Impp. Dioclet. & Maxim. Acta simulata, inquiunt, velut non ipse, sed eius uxor comparaverit, veritatis substantiam mutare non possunt*, quaestio itaque facti per judicem vel praesidem provinciae examinabitur.

Ad *decimumquartum* oppositum, responderi potest *ex cap. Pastoralis; § quia verò. extr. de offic. & potest. delegat.* ubi cum dictum esset; quod ordinarius ad mandatum judicis delegati sententiam à delegato latam exequi teneatur, etiamsi sciat eam injustam esse, subjicitur cautela, quod si forte ipsi id molestum sit, efficere & impetrare possit, ut onere sibi injuncto exoneretur & alii id committatur; eandem & is, de quo agimus, Judex cautelam usurpare poterit, causam

ſam alteri delegando, vel à ſuperiore impetrando, ut ipſe liberetur ab hujuſmodi judicio; ut taceam, conſcientiam ejus lædi non poſſe, qui quod facit, lege approbante, facit, *arg. l. Gracchus, C. ad leg. Iul. de adulter.*

Quod denique attinet exemplum Salomonis fecit is, quod ad indagandam veritatem ipſi facere videbatur, id quod & cuivis judici jure noſtro injungitur; at illi conſequens non eſt, licere etiam ex propria ſcientia & privata notitia, poſthabitis probationibus, judicare & ſententiam ferre, per ſuperius dicta.

Atque ita manet, judicem, ſecundum ea quæ allegantur & probantur in judicio, non vero ſecundum ea, quæ ſcit ut privatus judicare debere.

DECISIO QVARTA.

An venditor in re vendita aliis obærati debitoris creditoribus præferatur?

NUM qui rem vendidit vel alio modo alienavit in re alienata potior habeatur, ſi emptor ſolvendo non ſit, ut ab eo precium actor conſequi non poſſit, ſæpius inter creditores de prioritate contendentes diſputatum memini. Et ſanè venditorem in re vendita potiorem eſſe cæteriſq; obærati emptoris creditoribus præferri, exinde *primò* aſſerendum videtur, quod etſi per traditionem regulariter dominium rei traditæ amittatur, & accipienti acquiratur, *§. per traditionem, Inſtit. de rer. diviſ. l. traditionib. C. de pact. l. qua ratione 9. §. hæ quoq; res, de acqu. rer. domin. l. ult. eod. l. incivile 12. in pr. C. de rei vendic. l. 2. c. ſi quis alteri vel ſibi ſub alterius nomine vel aliena pecunia emit.* id tamen in re vendita ſecus ſe habeat, quippe res vendita licet emptori ex ea cauſa ſit tradita, prius tamen ipſi non acquiritur, quàm is venditori precium ejus nomine ſolverit *§. vendita, Inſtit. de rer. diviſ. l. procuratoris, §. ſed ſi 18 ff. de tribut. act. l. ſervi 16 ff. de peric. & comm. rei ven:*

Cui accedit *ſecundò*, quod actus agentium ultra ipſorum intētionē nihil operentur, nec extra cogitata contrahentiū accipi debeant *per vulgata*, atqui conſtat ex cōi hominum ſenſu & experientia quod

venditor non censeatur res suas in emptorem translatas velle, nisi nisi precium ab eodem acceperit; quippe cum in nullum alium finē soleat res vendere, quàm ut precium inde conficiat &accipiat; ut ita naturali ratione vēditor dominium suæ rei sub hac conditione abs se in emptorem translatum voluisse videatur, si precium ab eodem acceperit; cui consequens est, precio nō accepto, nec dominum rei venditæ translatum censeri, adeoque venditorem in re vendita cæteris merito præferri creditoribus.

Facit *tertiò l. quod si nolit 31. §. idem Marcellus 8 ff. de ædilit. edict.* ubi Ulpian. venditor, inquit, pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emptor satisfaciat.

Quartò consimile responsum habetur *in l. Iulianus 13. §. 8. de action. empt.* ubi idem Ulpian. offerri, inquit, precium ab emptore debet, cum ex empto agitur, & ideo si precii partem offerat, nondum est ex empto actio, venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.

Idem *quintò* comprobatur *per l. 22. ff. de hæred. vel act. vendit.* ubi Scævola, Hæreditatis venditæ precium, inquit, pro parte venditor accepit, reliquum emptore non solvente, quæsitum est, An corpora hæreditaria pignoris nomine teneantur respondi, nihil proponi, cur non teneantur.

Idem *sextò* infertur *ex l. eum qui 14. §. 1. ff. de furt.* ubi si emptor antequam pecuniam solveret, rem emptam subtraxerit, furti actione teneri dicitur, perinde ac si pignus subtraxisset.

Septimò textus est *in l quodquis 34 ff. de reb. autorit. judic. possid.* ubi Marcellus, quod quis, inquit, navis fabricandæ vel instruendæ causa, vel quoquo modo crediderit, vel ob navem venditam petat, habet privilegium post fiscum.

Octavò confert textus in Novel. 136. de Argentariorum contractibus *cap. 3 versic. si tamen.* ubi si argentarius loco pecuniæ, credidit, aut vendidit monilia, nec ei satisfiat, res datas vindicare posse dicitur.

Nonò qui in rem emendam pecuniam credidit, rem emptam sibi

ſibi obligatã habet per tex.*in l.7.in prin.ff.qui potior.in pig hab.auth.quo jure C.eo.l.quod quis 18.ff.de privil.credit.l.ſi cum dotem 22.§ fin.ſol.matr. l.ſi pecunia in prin.ff.de reb.eor.qui ſub tut.vel cur.ſunt,ſine decret.non alie.* multo igitur magis obligata manebit res vendita vẽditori ſuo cum illic mediatè, interventu pecuniæ creditæ,hîc verò immediatè,res à creditore ad debitorem pervenerit adeoque propiorem ortus ſui cauſam ab hoc,quàm illo habeat.

Decimò, qui in rem conſervandam vel reficiendam nummos credidit,privilegium habet *l.creditor 25.ff.de rebus credit.ſi cert.petat. l.1.ff.de ceſſ.bonor.l ſi ventri 8.§.1.l.qui in navem 10.l quod quis 18 ff.de privileg.credit.l.interdum 5.cum leg ſeq ff.qui potior.in pign.hab.l.1.ff.in quibus cauſ.pig.vel hypothec.tac.contrah.*l. multo igitur magis præferetur ille cujus ab initio res tota fuit propria: quod enim qui in rem conſervandam, vel reficiendam nummos credidit, privilegium habeat,ea id ratione fit, quia fecit, ne res intereat, ſed eſſe pergat, atqui venditor multo plus ad conſtitutionem, & eſſe rei contulit, quàm qui ad conſervationem ejus pecuniam credidit.

Vndecimò,à loco & fraude excuſari non poterit, ſi non ſolvendo exiſtens, ab alio rem emat; Atqui dolus facit, ne videatur res data, utcunque de manu in manum ſit tradita per text.expreſſum *in l. 3 ff.de pignor.action.*ubi Pompon.ſi quaſi recepturus,inquit,à debitore tuo comminus pecuniam , reddidiſti ei pignus, iſque per feneſtram id miſit excepturo eo, quem de induſtria ad id poſuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore poſſe, & ad exhibendum,& ſi agente te contrariâ pignoratitia,excipiat debitor de pignore ſibi reddito,replicabitur de dolo & fraude, per quã nec redditum, ſed per fallaciam ablatum id intelligitur.

Deniq; ipſa æquitatis ratio ſuperiorem ſententiam ſuadere videtur. Cum enim venditor certet de damno vitando, ne defraudetur re bonâ fide vendita,utique potior illius ratio haberi debet,quã reliquorum creditorum, ſuum compendium, cum venditoris diſpendio,quærere volentium, prout alias etiam jure noſtro potiſſima ſolet haberi ratio eorum,qui de damno vitãdo certant *l.7.l.8 ff. de jur.*

de jur. & fact. ignor. nulla verò illorum qui cum alterius damno lucrum quærere satagunt *l. 206. de regul. jur. l. 14. de condict. indeb.* Atque ita inter alios sentire videtur Moller. *1. semest. 28.* At his & aliis quæ pro coloranda venditoris causa afferri possent non attentis, venditori nullum, nec in re vendita, nec aliis obærati emptoris bonis, prærogativam competere, respondimus, in casu, ubi venditor rem venditam emptori tradiderat, & fidem de precio, usuras accipiendo, habuerat.

Si enim venditori aliqua competeret prælatio, illa ipsi vel dominii, vel pignoris jure competat necesse est. At jure dominii nullam ipsi competere constat; siquidem per traditionem ex causa habili factam dominium rei traditæ amitti & illi cui traditur acquiri juris est notissimi per textus *supra allegatos*, at licet in re vendita paulo secus se habeat, nec per traditionem dominium rei venditæ statim emptori acquiratur sed insuper precii solutio desideretur, si tamen de precio fides emptori sit habita, dominii translationem fieri inter alios juris textus docemur *ex § vendita, Instit. de rer. divis.* venditæ verò res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm si is venditori precium solverit, vel alio modo ei satisfecerit veluti fidejussore aut pignore dato, sed & si is, qui vendidit fidem emptoris, de solvendo precio, secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri, inquit, Justin. *in d. §. vendita verò.* Cui iisdem ferè verbis concordat *l. 19. ff. de contrahen. empt.* ubi Pompon quod vendidi, inquit, non aliter fit accipientis, quam si aut precium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione. Quod cum ità sit & propter fidem de precio habitam (de quo casu nobis sermo est) dominium à venditore in emptorem sit translatum, nullam amplius venditori rei venditæ vindicationem competere consequens est, quippe cum vendicatio præsupponat dominium, & non nisi domino competat *§. 1. Institut. de actionib. l. in rem 23 de rei vendicat.*

Nec etiam jure pignoris venditor prærogativam habet, quia deest

deeſt lex, qua ipſi jus hypothecæ, in re vendita, & ſub fide tradita, conſtituatur; certi quippe ſunt caſus, quibus pignus vel hypotheca tacitè conſtituitur, relati lib. 20. Digeſtorum tit. 2. & lib. 8 Codicis, titul. 15. illis verò annumeratus non invenitur is quo de agimus.

Immò (quod eſt ſecundum ſententiæ noſtræ fundamentum) nullum tacitæ hypothecæ jus venditori competere haud obſcurè conſtat *ex l. 1. § fin. ff. de reb. eor. qui ſub tut. vel cur. ſunt ſin. decret. non alienand.* ubi Ulpian. Si minor, *inquit*, viginti quinque annis emit prædia, ut quoad precium ſolveret, eſſent pignori obligata venditori, non puto pignus valere, nam ubi dominium quæſitum eſt minori, cœpit non poſſe obligari; quærit ibi & diſputat. Ulpian. An minor rem emptam venditori ſuo pro precio oppignorare poſſit?

At inutilis & ſupervacua eſſet diſputatio, An emptor, minor annis rem emptam pignori obligare poſſit venditori, ſi ipſo jure pro precio obligata eſſet.

Idem *tertiò* in eodem à perſona minoris ſumpto exemplo confirmat Paulus *in l. 2. eod.* videbatur dicendum oppignorationem à minore factam venditori, valere quaſi unà cum dominio pignus ſit quæſitum; At reſpōdet Paulus in fiſco venditore id quidem admitti, ut cui ipſo jure in rebus alienatis jus pignoris competat, ſecus vero in privato venditore id ſe habere, ideoque in propoſita facti ſpecie Imperiali beneficio opus, ut ex reſcripto pignus confirmetur, quippe cum confirmatio Imperatoris id quod invalidum eſt, validum faciat *argumen. l. 38. de adopt. l. 2. C. quand. decret. non eſt opus.*

Accedit *quartò* quod circa fiſcum ſingulariter ſit conſtitutum, ut res vendita vel aliter alienata ipſi pignoris jure ſit obligata, quamvis ſpecialiter id non exprimatur, *l. 2. de rebus eor. qui ſub tut. vel cur. ſunt ſine decret. non alienand. l. aufertur 46. § fiſcus, ff de jur fiſc. l. 2. C. in quib. cauſ. pign vel hypoth. tac. contrahen.* Cui conſequens eſt, in privatorum contractibus aliud obtinere arg *l. 12 ff. de judic. d. l. 2. ff. de reb. eor. qui ſub tut.*

Quintò

Quintò textus eſt *in l.5.§.ſed ſi 18 ff. de tributor. act.* ubi Ulpian. in terminis terminantibus, ut noſtri loquuntur, ad propoſitam facti ſpeciem, diſtinguendo reſpondet, An nimirum dominus rei alienatæ in creditum abiverit, nec ne; ſive quod in idem recidit, Num videatur habuiſſe fidem de precio, illi cui vendidit, & eum ſolùm voluiſſe perſonaliter oblegare actione venditi, quæ in hunc caſum eſt propoſita; An vero nullam ipſi de precio fidem habuerit, quod ſi in creditum dominus iviſſe fidemque de precio habuiſſe proponeretur (de quo caſu nos agimus) nulla ipſi competit vindicatio, nec pignoris perſecutio.

Sextò pro eadem ſententia textus eſt *in l. quidam fundum 16 ff de in rem verſo,* prout illum poſt gloſſ. & Bart. ad hoc allegat & ponderat Andr. Geil. *lib. 2. obſerv. practicar. obſerv. 15. n. 2.*

Autoritatibus ſi pugnandum eſſet, Autores hujus noſtræ ſententiæ laudare poterimus Jaſon *ad l. 25. n. 5 ff. de reb. credit.* Zaſ. *ibid. n. 8.* Cujat. *ad African. tractat. 8 in expoſit. l. 9 ff. qui potior in pign. hab.* Covarr. *lib. 1. reſolut. cap. 7. verſ. cui & illud accedit.* Modeſtin. Piſtor. *illuſtr. quæſtionum part. 2. q. 60.* & alios plures quos allegat & ſequitur Andr. Geil *obſerv practicar. lib. 2. obſerv. 15 n. 2.*

Nec quæ pro affirmativâ ſuperius adducebantur, tanti ſunt momenti ut in contrarium, quem movere debeant.

Quod enim *primò* afferebatur, rem venditam, licet emptori ſit tradita, prius tamen ipſi non acquiri, quam is venditori precium ejus nomine ſolverit, utcunque aliàs per traditionem dominium rei traditæ amittatur & accipienti acquiratur, ex iis quæ circa *quintam* decidendi rationem adduximus facilè diſſolvi poterit; videndum An dominus rei venditæ in creditum iverit, nec ne, ut loquitur Ulpian. *in l. 5, §. ſed ſi 18. ff. de tributor act.* In creditum ſi non ſit itum, nec venditor emptori fidem de precio habuit objecta obtinent, nec per traditionem rei venditæ dominium in emptorem transfertur, adeoque venditori, quippe rei domino vendicatio & manus injectio competit; quod ſi vero in creditum dominus iviſſe, & fidem de precio habuiſſe, proponeretur, id quod in præſenti quæſtione præſupponimus,

ponimus, nulla ipsi competit vindicatio, nec rei, quippe alienæ, repetitio. Solutio patet ex objecto *§. vendita verò, Instit. de rer. divis.* ubi Justin. Si is, inquit, qui vendidit fidem emptoris, de solvendo precio, secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris, fieri. Concordat *l. 5. §. 18 ff. de tributor. action.* ubi Ulpian. quia res venditæ non aliàs desinunt esse meæ, quamvis vendidero, nisi ære soluto, vel fidejussore dato, vel aliàs satisfacto, dicendum erit, si in creditum non abiit venditor, vindicare me posse rem venditam, unde à contrario sequitur si fidejussores ab emptore sint dati, vel pignora constituta, aut aliàs fides de precio habita, vindicationem cessare.

Unde, quod *secundò* afferebatur, actus agentium ultra ipsorum intentionem nihil operari, nec censeri venditorem dominium rei venditæ abs se in emptorem translatum voluisse, prius quam solutio conventi precii sequatur, sponte corruit, quippe cum in re manifesta non sit locus conjecturis, & aliud in casu nobis proposito de mente venditoris, ex eo quod fidem habuit emptori de precio, liquido constet.

Similiter non obstat, quod venditori res vendita pro precio tacitè sit obligata, prout tertia & tribus subsequentibus dubitandi rationibus inferebatur adductis ad id *l. 31. §. 8 ff. de ædilit. edict. l. 13. §. ff. de ædilit. edict. l. 13 §. 8. de action. empt. l 22. de hered. vel act. vend. l. 14 §. 1. de furt.*

Nec enim simpliciter & absolutè de quovis promiscuè casu theorica illa exaudienda, sed limitatè accipi debebit, si nimirum res nondum sit tradita, nec fides de precio habita, quo casu venditor rem venditam instar pignoris retinere potest, donec ei emptor precium solverit; probatur ex ipsis adductorum textuum verbis, & casibus propositis, quippe cum apertè de Retentionis jure loquantur, & venditori retentionem rei venditæ permittant quoad precium ipsi solvatur; prout aliàs etiam juris permissu res retineri potest si subsit causa retinendi ipsi rei cohærens, *l. si quis 20. ff. de acquir. p. ss l. 12. in fin. de vi & vi arm. l. 61. in prin. locat. l. 26. §. 4. de condict. indeb. l. 53. § fin.*

de injur. quo modo sartor vestē retinet, ob non solutam mercedem, procurator Acta propter solaria restantia, faber equum curatū quo ad expensæ & debita merces persolvantur, Geil. *2. observat. 12. num. 5.* Sic ab hospite jure retineri posse equos, quo ad debitum pro alimētis præstitis persolvatur, aut eo nomine caveatur, in facultate respōdimus. Similiter emptori competere retentionem rei emptę donec & rationali, à retrotrahente refundatur precium expensum usuræ & meliorationes à nobis responsum memini; viduis etiam in bonis defunctorum maritorum jus retentionis competere, donec de dote ipsis satisfiat, aliquoties judicatum scio. Denique ob melioramēta in rem utiliter facta res retineri usitatissimum est, & probatur per text *in l 5 de impens in res dotal. fact. l 33. in fin. de condict. indeb. l. 8. in pr. de pignorat. action. l. 14. de dol. mal. & met. except. l. 26. §. 4. de condict. indeb.* Geil. *2 observ. 12. n. 6.* Eadem æquitatis ratione jura venditori retentionem concedunt, ne cogatur rem venditam tradere, sed pignoris loco illam retinere possit, quoad precium ipsi ab emptore persolvatur: At posteaquam rem tradidit, fidemque de precio habuit, omnis causa pignoris cessat, adeoque nec repetitioni, nec prælationi, locus est, juribus supra allegatis.

Non obstat solutioni datæ, quod antequam res tradatur in dominio venditoris maneat, adeoque ipsi pignoris loco esse nequeat, cum res creditoris propria ipsi oppignorari non possit & pignus non sit nisi in re aliena *l. neque pignus 45. ff. de regul. jur.* cui consequens videtur textus oppositos accipi non posse de re apud venditorem adhuc permanente, sed exaudiendos esse de rebus emptori traditis, Non obstat inquam; etsi enim res vendita antequam emptori tradatur, in dominio venditoris maneat, quia tamen emptori eo nomine actio adversus venditorem competit non plenè ipsius venditoris res vendita existit sed emptoris potius esse censetur per text *in l 143 de verb signif. l. 15. qui 15. de reg jur l. rem in bonis 52. de acquir. domin* proindeque pignoris nexu rectè obligari potuit.

Ad *septimum* contrariæ sententiæ fundamentum, desumptum *ex l. 34. de reb. autor judic. possid. (in aliis exemplaribus est l. 18. de ...*

...

credit) Respondendum primò, quod venditor navis privilegium in petendo precio post fiscum habere dicitur, eo casu accipi debebit, quando fides de precio emptori habita non fuit, cum quævis juris dispositio de terminis habilibus sit exaudienda, & eo sensu accipienda, quo contrarietas legum evitaretur; deinde dato navem venditam venditori pro precio tacite obligatam esse, utcunque fides de precio emptori sit habita atq; ita accipi debere responsum Marcelli in objecta *lege 34.* quia aliàs si fides de precio habita non esset, venditor ipso quoque fisco in vindicatione rei suæ potior existeret *juxta l. 1. C. de privileg. fisci*, publica navigationis utilitate, quo nimirum navigandi facultas, adeoque publicum commodum promoveatur, specialiter ita constitutum & venditori navis tacitam hypothecam cum privilgio prælationis datam esse dicemus, prout aliàs etiam multa publicæ utilitatis, causa & in specie ad promovendum navigationis usum singulariter constituta leguntur.

Similiter quod ex Novel 136. *c. 3.* afferebatur, singulari ratione ita constitutum esse noverimus. Agitur ibi de Argentario; circa argentarios, eorumque contractus multa singulariter constituta esse, præter aliæ juris constitutiones patet ex d. Novel. 136. rationem in principio præmissam. In specie & illud constitutum *cap. 3.* Eiusdem Novellæ, si Argentarius alicui rem quampiam empturo loco pecuniæ mutuo petitæ det monilia certo precio æstimatos nec contentum sit ut res comparata creditori pignori sit obligata nec etiam precium rei æstimatæ persolvatur à debitore posse ipsum res datas vindicare & ut suas repetere; quod in aliis venditoribus secus se habet, quippe quibus jus tantum retinendi, nō vero vindicandi competit ut supra ex *l. 13. §. 8 de action. empt. l. 31. §. 8. de ædilit. edict. l. 22. de hæred. vend. l. 14. §. 1 de furtis*, deduximus quanquam & textus objectus non incommodè accipi, & exaudiri possit, de casu quo fides de precio habita non fuit, per ea quæ suprà ad argumentum proximè præcedens annotavimus.

Quod *nono* afferebatur, Rem emptā pignori obligatā esse credi-

tori, qui in rem emendam nummos credidit, cum Donel. *de pign. & hypoth. cap. 5.* Geilio *2. obs. 12. & aliis*, hactenus verum credimus, si nominatim ipsi, cujus pecunia res est comparata pignori obligata sit per textum *in l. licet 7. C. qui potior in pign. hab. l. quamvis 17. C. de pignoribus & hypoth. Nov. 136. cap. 3. in pr.* secundum quos textus reliqui indistinctè loquentes exaudiendi, & distinguendi veniunt. Unde ex argumento adducto hoc tantum sequeretur, quod quemadmodum res empta pignori obligata est illi, qui eam ad rem pecuniam credidit, & nominatim illam sibi obligari fecit, ita & res vendita obligata sit venditori, modo specialiter pro precio ipsi sit obligata. Dato, absolute verum esse, de rebus aliena pecunia comparatis quod afferebatur, inde tamen ad rem venditam non rectè inferretur, quippe cum privilegium taciti pignoris, non nisi legibus nominatim constituatur *l. 1 & tot. tit. in quib. caus. pig. tac. constit. l. unic. §. 1 C. de rei uxor. act. l. 6. §. ult. C. de bon. quæ liber. l. 1. ibi, hypothecariam ab ipsa lege induci C. commun. de legat. & fideicommiss.* At de re vendita nuspiam ita constitutũ legitur, sed contrarium potius autoritate legum constituitur, ut præter adducta patet & ex his, quæ tradit Geilius *2 observ. c. 15. per tot.* nec ex rationibus & argumentis topicis jus supplere, & jure non constitutum constituere licet, per ea quæ supra fusè de hoc argumentandi genere disseruimus.

Similiter verum non est, quod qui in rem conservandam, vel reficiendam, nummos credidit eam rem sibi obligatam habeat, pro ut *decimo* contrariæ sententiæ argumento proponebatur: Sanè qui ad domus restitutionem nominatim pecuniam credidit, pignus in ipso ædificio, ejus pecuniâ reparato, constitutum habet *l. 8. §. 1. de privileg. credit. l. 1. de cess. bonor. l. 25. §. 1. de reb. credit. l. 1. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrah.* Atqui de aliis creditoribus, qui ad refectionem alterius rei, veluti navis, pecuniam mutuam dederunt idem asserere non licet, pro ut Accurs. & plerique omnes eum secuti faciunt; siquidem tacitum pignus speciali Senatusconsulto nominatim concessum est illi, qui in domus restitutionem nummos credidit *d. l. 1. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah. cum similibus supra adductis,*

ductis, nulla autem ſpeciali juris conſtitutione idem jus tributum legimus cæteris, qui vel in navim inſtruendam, vel aliam quam rem reficiendam nummos crediderunt; Non ergo idem de his creditoribus fingere debebimus; non enim eadem cauſa eſt ædificii reficiendi, & navis, aut alterius rei conſervandæ. In ædificiis tuendis ſarciendiſque publica verſatur utilitas ne ruinis aſpectus urbis deformetur *l. 2. C. de ædific. privat.* quorum nihil ſimile in navi, & cæteris rebus; ut ita dicendum ſit, nec verbis nec ſententia Senatusconſulti pignus in cæteris rebus, quæ noſtra pecuniâ refectæ fuerunt, contrahi, niſi de eo generaliter aut ſpecialiter convenit.

Non obſtat *l. interdum 5. cum l. ſeq. ff. qui potior in pig. habeant.* quod enim ibi cæteris creditoribus, potior eſſe dicitur is, qui in rem conſervandam quid impendit, puta ad navem armandam, vel reficiendam, non eſt ita exaudiendum, quaſi Ulpianus tacitum creditori hujuſmodi pignus afferat; neque enim eo loco tractatur, quomodo navis obligetur pignori, ſed quis ſit potior ex iis, quibus obligata eſt, diverſis temporibus, & reſpondetur potiorem eſſe illum, qui ad eam reficiendam, aut extruendam pecuniam credidit, quamvis poſterior crediderit, dummodo illud præſupponatur, huic quoque fuiſſe obligatam, id quod aperta conventione fit; pro ut contra cōmunem rectè ſtatuit & reſpondit Donell. *in tractat. de pignorib. & hypoth. cap. 5. circa finem.*

Quod cum ita ſit, ex falſo præſuppoſito nihil certi poteſt inferri, ſed deſtructo antecedente, conſequens etiam deſtruatur neceſſe eſt. Immò licet indiſtinctè verum ſit, quod præſupponebatur, & ad omnes omninò creditores, qui in rem conſervandam vel reficiendam nummos crediderunt, pertineat, ei tamen conſequens nō eſt, quod proinde & is qui rem quampiam vēdidit, pro precio illam ſibi obligatam habeat, cum, ut ſupra diximus, tacitum pignus nulli competat niſi cui lege nominatim ſit datum, cujuſmodi lex in perſona venditoris ceſſat, nec ulla uni conſtitutio tacitum pignus ipſi pro precio dedit, ſed potius denegavit, ut conſtat *ex l. 1. §. fin. de*

reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt sin. decret. non alien. l. 5. §. 18. de tributor. act. cum similibus supra adductis decidendi rationibus.

Circa *undecimum* contrariæ sententiæ fundamentum committitur Elenchus plurium quæstionum; & ducitur argumentum à particuli ad universale, quod in schola logicorũ improbatur; Sanè in emptore doloso, qui tempore venditionis non erat solvendo, & jam antea cessionẽ vel fugam nequiter præcogitaverat, facilè admitti potest contraria opinio, prout post Bald. Angel. Alexand. Cæpollam & alios à se allegatos concludit, & præjudicio Cameræ confirmat Andr. Gail *lib. 2. observat. practic. c. 15. num. 8. cum seqq.* Cum enim dolus dederit causam habendæ fidei; fides data, pro non data habetur & res non tradita, sed fraudulenter ablata censetur per tex. ad hoc singularem *in l. 3 ff de pignorat. act.* cui consequens est, venditorem tali casu omnibus merito præferri creditoribus & rem venditam, ut suam vindicare posse: atqui idem de aliis emptoribus animo solvendi ementibus asserere & omnibus indistinctè venditoribus, prælationem tribuere jura non sinunt; Immò cum in casu objecto specialiter ita sit receptum, in aliis secus esse necesse est *argumento l. 1. de regul. jur. cum similib.*

Vltimum ab æquitate, & naturali ratione petitum argumentum quod attinet, non magnæ est importantiæ; quod enim primò ratio naturalis vim legis habere dicitur, falsum planè & erroneum reputamus, prout alibi pluribus ostendimus, & apertè demonstratur *exemplo l. 1 ff de constit. pecun.* ubi ut ex constituto detur actio prætor desideratur, utcunque naturali æquitati conveniens fuerit, pacta conventa servari dum, non ea statim censenda est æquitas quam quis sibi privatim imaginatur, sed quam jus probat, vel per se est evidens, ita ut nullam dubitationem in contrarium admittat: atqui talis, nostro casu, non subest æquitas; nec alter hic de damno vitãdo, & alter de lucro captando certat; sed omnes de prioritate concertantes creditores, de damno vitando laborant; Immò ab æquitate si petenda esset decisio pro reliquis creditoribus contra venditorem omnino pronunciandum foret, cum venditor sibi præca-

vere

vere potuisset, rem retinendo vel jus pignoris reservando, ideoque sibi imputare debebit si id neglexit indeque damnum sensit, at reliquis obærati emptoris creditoribus, nihil imputari potest, cum ex possessione bonorum debitorem judicarint locupletem, & omnia quæ possideat ejus esse crediderint; nec subfuit ratio, cur aliter credere debuerint. Atqui ita, firma manet conclusio, venditori nullam in re vendita competere prærogativam, nec posse ipsum aliis obærati debitoris creditoribus, vel dominii, vel pignoris jure, præferri.

DECISIO QVINTA.

An venditor in re vendita aliis obærati emptoris creditoribus præferatur si venditio sub conditione fidejussoris pro precio dandi facta sit.

Titius Sempronio prædi[tu]ra vendiderat, ea lege & conditione, ut pro precio & in securitatem solutionis idonei Fidejussores dentur. Emptore cessante, nec legi contractus satisfaciente alius quis ex emptoris creditoribus immissionem in bona emptoris, & in specie in prædium prædictum petiit, & impetravit. Intervenit Titius venditor, petens immissionem cessari, & prædium sibi restitui, aut certè de precio prius satisfieri. Quæsitum quid juris?

Contra Titium venditorem pronunciandum videbatur; Si enim aliqua ipsi competeret prælatio, vel dominii vel pignoris jure competat necesse est; Atqui pignoris jure nullam venditor in re vendita prærogativam habet, si inter contrahentes apertè conventum non sit, ut res vendita pro precio sit obligata prout in casu proposito, inter Titium venditorem & Sempronium emptorē, cōventū non fuit, quippe cum privilegium taciti pignoris nō nisi legibus constituatur, & nulli competat, nisi cui nominatim lege sit datum

venditor non censeatur res suas in emptorem translatas velle, nisi nisi precium ab eodem acceperit; quippe cum in nullum alium finē soleat res vendere, quàm ut precium inde conficiat & accipiat; ut ita naturali ratione vēditor dominium suæ rei sub hac conditione abs se in emptorem translatum voluisse videatur, si precium ab eodem acceperit; cui consequens est, precio nō accepto, nec dominum rei venditæ translatum censeri, adeoque venditorem in re vendita cæteris merito præferri creditoribus.

Facit *tertiò l. quod si nolit 31. §. idem Marcellus 8 ff. de ædilit. edict.* ubi Ulpian. venditor, inquit, pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emptor satisfaciat.

Quartò consimile responsum habetur *in l. Iulianus 13. §. 8. de action. empt.* ubi idem Ulpian. offerri, inquit, precium ab emptore debet, cum ex empto agitur, & ideo si precii partem offerat, nondum est ex empto actio, venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.

Idem *quintò* comprobatur *per l. 22. ff. de hæred. vel act. vendit.* ubi Scævola, Hæreditatis venditæ precium, inquit, pro parte venditor accepit, reliquum emptore non solvente, quæsitum est, An corpora hæreditaria pignoris nomine teneantur respondi, nihil proponi, cur non teneantur.

Idem *sextò* infertur *ex l. eum qui 14. §. 1. ff. de furt.* ubi si emptor antequam pecuniam solveret, rem emptam subtraxerit, furti actione teneri dicitur, perinde ac si pignus subtraxisset.

Septimò textus est *in l. quod quis 34. ff. de reb. autorit. iudic. possid.* ubi Marcellus, quod quis, inquit, navis fabricandæ vel instruendæ causa, vel quoquo modo crediderit, vel ob navem venditam petat, habet privilegium post fiscum.

Octavò confert textus in Novel. 136. de Argentariorum contractibus *cap. 3 versic. si tamen.* ubi si argentarius loco pecuniæ, credidit, aut vendidit monilia, nec ei satisfiat, res datas vindicare posse dicitur.

Nonò qui in rem emendam pecuniam credidit, rem emptam sibi

ſibi obligatã habet per tex.*in l.7.in prin.ff.qui potior.in pig hab.auth.quo jure C.eo.l.quod quis 18.ff.de privil.credit.l.ſi cum dotem 22.§ fin.ſol. matr. l.ſi pecunia in prin.ff.de reb.eor.qui ſub tut.vel cur.ſunt,ſine decret. non alie.* multo igitur magis obligata manebit res vendita vẽditori ſuo cum illic mediatè, interventu pecuniæ creditæ,hîc verò immediatè,res à creditore ad debitorem pervenerit adeoque propiorem ortus ſui cauſam ab hoc,quàm illo habeat.

Decimò, qui in rem conſervandam vel reficiendam nummos credidit,privilegium habet *l.creditor 25.ff.de rebus credit.ſi cert.petat. l.1.ff.de ceſſ.bonor.l ſi ventri 8.§.1.l qui in navem 10.l quod quis 18 ff.de privileg.credit.l.interdum 5.cum leg ſeq ff.qui potior.in pign.hab.l.1.ff.in quibus cauſ.pig.vel hypothec.tac.contrah.*l. multo igitur magis præferetur ille cujus ab initio res tota fuit propria: quod enim qui in rem conſervandam, vel reficiendam nummos credidit, privilegium habeat,ea id ratione fit, quia fecit, ne res intereat, ſed eſſe pergat,atqui venditor multo plus ad conſtitutionem, & eſſe rei contulit, quàm qui ad conſervationem ejus pecuniam credidit.

Vndecimò,à loco & fraude excuſari non poterit, ſi non ſolvendo exiſtens, ab alio rem emat; Atqui dolus facit, ne videatur res data, utcunque de manu in manum ſit tradita per text.expreſſum *in l. 3 ff.de pignor.action.*ubi Pompon.ſi quaſi recepturus,inquit,à debitore tuo comminus pecuniam, reddidiſti ei pignus, iſque per feneſtram id miſit excepturo eo, quem de induſtria ad id poſuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore poſſe, & ad exhibendum,& ſi agente te contrariâ pignoratitia,excipiat debitor de pignore ſibi reddito,replicabitur de dolo & fraude, per quã nec redditum, ſed per fallaciam ablatum id intelligitur.

Deniq; ipſa æquitatis ratio ſuperiorem ſententiam ſuadere videtur. Cum enim venditor certet de damno vitando, ne defraudetur re bonâ fide vendita,utique potior illius ratio haberi debet,quã reliquorum creditorum, ſuum compendium, cum venditoris diſpendio,quærere volentium, prout alias etiam jure noſtro potiſſima ſolet haberi ratio eorum,qui de damno vitãdo certant *l.7.l 8 ff.*

de jur. & fact. ignor. nulla verò illorum qui cum alterius damno lucrum quærere satagunt *l. 206. de regul. iur. l. 14. de condict. indeb.* Atque ita inter alios sentire videtur Moller. *1. semest. 28.* At his & aliis quæ pro coloranda venditoris causa afferri possent non attentis, venditori nullum, nec in re vendita, nec aliis obærati emptoris bonis, prærogativam competere, respondimus, in casu, ubi venditor rem venditam emptori tradiderat, & fidem de precio, usuras accipiendo, habuerat.

Si enim venditori aliqua competeret prælatio, illa ipsi vel dominii, vel pignoris jure comperat necesse est. At jure dominii nullam ipsi competere constat; siquidem per traditionem ex causa habili factam dominium rei traditæ amitti & illi cui traditur acquiri juris est notissimi per textus *supra allegatos*, at licet in re vendita paulo secus se habeat, nec per traditionem dominium rei venditæ statim emptori acquiratur sed insuper precii solutio desideretur, si tamen de precio fides emptori sit habita, dominii translationem fieri inter alios juris textus docemur *ex §. vendita. Instit. de rer. divis.* venditæ verò res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm si is venditori precium solverit, vel alio modo ei satisfecerit veluti fidejussore aut pignore dato, sed & si is, qui vendidit fidem emptoris, de solvendo precio, secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri, inquit, Justin. *in d. §. vendita verò.* Cui iisdem ferè verbis concordat *l. 19. ff. de contrahen. empt.* ubi Pompon quod vendidi, inquit, non aliter fit accipientis, quam si aut precium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione. Quod cum ità sit & propter fidem de precio habitam (de quo casu nobis sermo est) dominium à venditore in emptorem sit translatum, nullam amplius venditori rei venditæ vindicationem competere consequens est, quippe cum vendicatio præsupponat dominium, & non nisi domino competat *§. 1. Institut. de actionib. l. in rem 23 de rei vendicat.*

Nec etiam jure pignoris venditor prærogativam habet, quia deest

deeft lex, qua ipfi jus hypothecæ, in re vendita, & fub fide tradita, conftituatur; certi quippe funt cafus, quibus pignus vel hypotheca tacitè conftituitur, relati lib. 20. Digeftorum tit. 2. & lib. 8 Codicis, titul. 15. illis verò annumeratus non invenitur is quo de agimus.

Immò (quod eft fecundum fententiæ noftræ fundamentum) nullum tacitæ hypothecæ jus venditori competere haud obfcurè conftat *ex l. 1. § fin. ff. de reb. eor. qui fub tut. vel cur. funt fin. decret. non alienand.* ubi Ulpian. Si minor, *inquit*, viginti quinque annis emit prædia, ut quoad precium folveret, effent pignori obligata venditori, non puto pignus valere, nam ubi dominium quæfitum eft minori, cœpit non poffe obligari; quærit ibi & difputat. Ulpian. An minor rem emptam venditori fuo pro precio oppignorare poffit?

At inutilis & fupervacua effet difputatio, An emptor, minor annis rem emptam pignori obligare poffit venditori, fi ipfo jure pro precio obligata effet.

Idem *tertiò* in eodem à perfona minoris fumpto exemplo confirmat Paulus *in l. 2. eod.* videbatur dicendum oppignorationem à minore factam venditori, valere quafi unà cum dominio pignus fit quæfitum; At refpõdet Paulus in fifco venditore id quidem admitti, ut cui ipfo jure in rebus alienatis jus pignoris competat, fecus vero in privato venditore id fe habere, ideoque in propofita facti fpecie Imperiali beneficio opus, ut ex refcripto pignus confirmetur, quippe cum confirmatio Imperatoris id quod invalidum eft, validum faciat *argumen. l. 38. de adopt. l. 2. C. quand. decret. non eft opus.*

Accedit *quartò* quod circa fifcum fingulariter fit conftitutum, ut res vendita vel aliter alienata ipfi pignoris jure fit obligata, quamvis fpecialiter id non exprimatur, *l. 2. de rebus eor. qui fub tut. vel cur. funt fine decret. non alienand. l. aufertur 46. § fifcus, ff de jur fifc. l. 2. C. in quib. cauf. pign. vel hypoth. tac. contrahen.* Cui confequens eft, in privatorum contractibus aliud obtinere arg *l. 12 ff. de judic. d. l. 2. ff. de reb. eor. qui fub tut.*

Quintò

Quintò textus est *in l.5.§.sed si 18.ff.de tributor.act.* ubi Ulpian. in terminis terminantibus, ut nostri loquuntur, ad propositam facti speciem, distinguendo respondet, An nimirum dominus rei alienatæ in creditum abiverit, nec ne; sive quod in idem recidit, Num videatur habuisse fidem de precio, illi cui vendidit, & eum solùm voluisse personaliter oblegare actione venditi, quæ in hunc casum est proposita; An vero nullam ipsi de precio fidem habuerit, quod si in creditum dominus ivisse fidemque de precio habuisse proponeretur (de quo casu nos agimus) nulla ipsi competit vindicatio, nec pignoris persecutio.

Sextò pro eadem sententia textus est *in l.quidam fundum 16 ff.de in rem verso,* prout illum post gloss. & Bart. ad hoc allegat & ponderat Andr. Geil. *lib.2.observ.practicar.observ.15.n.2.*

Autoritatibus si pugnandum esset, Autores hujus nostræ sententiæ laudare poterimus Jason *ad l.25.n.5 ff.de reb.credit.* Zas. *ibid.n.8.* Cujat. *ad African.tractat.8 in exposit.l.9 ff.qui potior in pign. hab.* Covarr. *lib.1.resolut.cap.7.vers.cui & illud accedit.* Modestin. Pistor. *illustr. quæstionum part.2.q.60.* & alios plures quos allegat & sequitur Andr. Geil *observ practicar.lib.2.observ.15 n.2.*

Nec quæ pro affirmativâ superius adducebantur, tanti sunt momenti ut in contrarium, quem movere debeant.

Quod enim *primò* afferebatur, rem venditam, licet emptori sit tradita, prius tamen ipsi non acquiri, quam is venditori precium ejus nomine solverit, utcunque aliàs per traditionem dominium rei traditæ amittatur & accipienti acquiratur, ex iis quæ circa *quintam* decidendi rationem adduximus facilè dissolvi poterit; videndum An dominus rei venditæ in creditum iverit, nec ne, ut loquitur Ulpian. *in l.5. §.sed si 18.ff.de tributor act.* In creditum si non sit itum, nec venditor emptori fidem de precio habuit objecta obtinent, nec per traditionem rei venditæ dominium in emptorem transfertur, adeoque venditori, quippe rei domino vendicatio & manus injectio competit; quod si vero in creditum dominus ivisse, & fidem de precio habuisse, proponeretur, id quod in præsenti quæstione præsupponimus,

ponimus, nulla ipsi competit vindicatio, nec rei, quippe alienæ, repetitio. Solutio patet ex objecto *§. vendita verò, Instit. de rer. divis.* ubi Justin. Si is, inquit, qui vendidit fidem emptoris, de solvendo precio, secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris, fieri. Concordat *l. 5. §. 18 ff. de tributor. action.* ubi Ulpian. quia res venditæ non aliàs desinunt esse meæ, quamvis vendidero, nisi ære soluto, vel fidejussore dato, vel aliàs satisfacto, dicendum erit, si in creditum non abiit venditor, vindicare me posse rem venditam, unde à contrario sequitur si fidejussores ab emptore sint dati, vel pignora constituta, aut aliàs fides de precio habita, vindicationem cessare.

Unde, quod *secundò* afferebatur, actus agentium ultra ipsorum intentionem nihil operari, nec censeri venditorem dominium rei venditæ abs se in emptorem translatum voluisse, prius quam solutio conventi precii sequatur, sponte corruit, quippe cum in re manifesta non sit locus conjecturis, & aliud in casu nobis proposito de mente venditoris, ex eo quod fidem habuit emptori de precio, liquido constet.

Similiter non obstat, quod venditori res vendita pro precio tacitè sit obligata, prout tertia & tribus subsequentibus dubitandi rationibus inferebatur adductis ad id *l. 31. § 8 ff. de ædilit. edict. l. 13. §. ff. de ædilit. edict. l. 13 §. 8. de action. empt. l. 22. de hered. vel act. vend. l. 14 §. 1. de furt.*

Nec enim simpliciter & absolutè de quovis promiscuè casu theorica illa exaudienda, sed limitatè accipi debebit, si nimirum res nondum sit tradita, nec fides de precio habita, quo casu venditor rem venditam instar pignoris retinere potest, donec ei emptor precium solverit; probatur ex ipsis adductorum textuum verbis, & casibus propositis, quippe cum apertè de Retentionis jure loquantur, & venditori retentionem rei venditæ permittant quoad precium ipsi solvatur; prout aliàs etiam juris permissu res retineri potest si subsit causa retinendi ipsi rei cohærens, *l. si quis 20 ff. de acquir. poss. l. 12. in fin. de vi & vi arm. l. 61. in prin. locat. l. 26. §. 4. de condict. indeb. l. 53. § fin.*

de injur. quo modo sartor vestē retinet, ob non solutam mercedem, procurator Acta propter solaria restantia, faber equum curatū quo ad expensæ & debita merces persolvantur, Geil. *2. observat. 12. num. 5.* Sic ab hospite jure retineri posse equos, quo ad debitum pro alimētis præstitis persolvatur, aut eo nomine caveatur, in facultate respōdimus. Similiter emptori competere retentionem rei emptę donec & rationali, à retrotrahente refundatur precium expensum usuræ & meliorationes à nobis responsum memini; viduis etiam in bonis defunctorum maritorum jus retentionis competere, donec de dote ipsis satisfiat, aliquoties judicatum scio. Denique ob melioramēta in rem utiliter facta res retineri usitatissimum est, & probatur per text. *in l. 5. de impens. in res dotal. fact. l. 33. in fin. de condict. indeb. l. 8. in pr. de pignorat. action. l. 14. de dol. mal. & met. except. l. 26. §. 4. de condict. indeb.* Geil. *2. observ. 12. n. 6.* Eadem æquitatis ratione jura venditori retentionem concedunt, ne cogatur rem venditam tradere, sed pignoris loco illam retinere possit, quoad precium ipsi ab emptore persolvatur: At posteaquam rem tradidit, fidemque de precio habuit, omnis causa pignoris cessat, adeoque nec repetitioni, nec prælationi, locus est, juribus supra allegatis.

Non obstat solutioni datæ, quod antequam res tradatur in dominio venditoris maneat, adeoque ipsi pignoris loco esse nequeat, cum res creditoris propria ipsi oppignorari non possit & pignus non sit nisi in re aliena *l. neque pignus 45. ff. de regul. jur.* cui consequens videtur textus oppositos accipi non posse de re apud venditorem adhuc permanente, sed exaudiendos esse de rebus emptori traditis, Non obstat inquam; etsi enim res vendita antequam emptori tradatur, in dominio venditoris maneat, quia tamen emptori eo nomine actio adversus venditorem competit non plenè ipsius venditoris res vendita existit sed emptoris potius esse censetur per text *in l. 143. de verb. signif. l. 15. qui 15. de reg. jur. l. rem in bonis 52. de acquir. domin.* proindeque pignoris nexu rectè obligari potuit.

Ad *septimum* contrariæ sententiæ fundamentum, desumptum *ex l. 34. de reb. autor. judic. possid.* (*in aliis exemplaribus est l. 15. de* [illegible]

citatis.

credit) Respondendum primò, quod venditor navis privilegium in petendo precio post fiscum habere dicitur, eo casu accipi debebit, quando fides de precio emptori habita non fuit, cum quævis juris dispositio de terminis habilibus sit exaudienda, & eo sensu accipienda, quo contrarietas legum evitaretur; deinde dato navem venditam venditori pro precio tacite obligatam esse, utcunque fides de precio emptori sit habita atq; ita accipi debere responsum Marcelli in objecta *lege 34.* quia aliàs si fides de precio habita non esset, venditor ipso quoque fisco in vindicatione rei suæ potior existeret *juxta l. 1. C. de privileg. fisci*, publica navigationis utilitate, quo nimirum navigandi facultas, adeoque publicum commodum promoveatur, specialiter ita constitutam & venditori navis tacitam in hypothecam cum privilgio prælationis datam esse dicemus, prout aliàs etiam multa publicæ utilitatis, causa & in specie ad promovendum navigationis usum singulariter constituta leguntur.

Similiter quod ex Novel *136. c. 3.* afferebatur, singulari ratione ita constitutum esse noverimus. Agitur ibi de Argentario; circa argentarios, eorumque contractus multa singulariter constituta esse, præter aliæ juris constitutiones patet ex d. Novel. 136. rationem in principio præmissam. In specie & illud constitutum *cap. 3.* Eiusdem Novellæ, si Argentarius alicui rem quampiam empturo loco pecuniæ mutuo petitæ det monilia certo precio æstimatos nec contentum sit ut res comparata creditori pignori sit obligata nec etiam precium rei æstimatæ persolvatur à debitore posse ipsum res datas vindicare & ut suas repetere; quod in aliis venditoribus secus se habet, quippe quibus jus tantum retinendi, nō vero vindicandi competit ut supra ex *l. 13. §. 8 de action. empt. l. 31. §. 8. de ædilit. edict. l. 22. de hæred. vend. l. 14. §. 1 de furtis*, deduximus quanquam & textus objectus non incommodè accipi, & exaudiri possit, de casu quo fides de precio habita non fuit, per ea quæ suprà ad argumentum proximè præcedens annotavimus.

Quod *nono* afferebatur, Rem emptā pignori obligatā esse credi-

tori, qui in rem emendam nummos credidit, cum Donel. *de pign. & hypoth. cap 5.* Geilio *2. obs. 12. & aliis*, hactenus verum credimus, si nominatim ipsi, cujus pecunia res est comparata pignori obligata sit per textum *in l. licet 7. C. qui potior in pign. hab. l quamvis 17. C. de pignoribus & hypoth. Nov. 136. cap. 3. in pr.* secundum quos textus reliqui indistinctè loquentes exaudiendi, & distinguendi veniunt. Unde ex argumento adducto hoc tantum sequeretur, quod quemadmodum res empta pignori obligata est illi, qui eam ad rem pecuniam credidit, & nominatim illam sibi obligari fecit, ita & res vendita obligata sit venditori, modo specialiter pro precio ipsi sit obligata. Dato, absolute verum esse, de rebus aliena pecunia comparatis quod asserebatur, inde tamen ad rem venditam non rectè inferretur, quippe cum privilegium taciti pignoris, non nisi legibus nominatim constituatur *l 1 & tot. tit. in quib. cauf. pig. tac. constit. l. unic. §. 1 C. de rei uxor. act. l. 6. §. ult. C. de bon. quæ liber. l. 1. ibi, hypothecariam ab ipsa lege induci C. commun. de legat. & fideicommiss.* At de re vendita nusquam ita constitutũ legitur, sed contrarium potius autoritate legum constituitur, ut præter adducta patet & ex his, quæ tradit Geilius *2 observ. c. 11. per tot.* nec ex rationibus & argumentis topicis jus supplere, & jure non constitutum constituere licet, per ea quæ supra fusè de hoc argumentandi genere disseruimus.

Similiter verum non est, quod qui in rem conservandam, vel reficiendam, nummos credidit eam rem sibi obligatam habeat, prout *decimo* contrariæ sententiæ argumento proponebatur: Sanè qui ad domus restitutionem nominatim pecuniam credidit, pignus in ipso ædificio, ejus pecuniâ reparato, constitutum habet *l. 8. §. 1. de privileg. credit. l. 1. de ceſſ. bonor. l. 25. §. 1. de reb. credit. l. 1. in quib. cauf. pign. vel hypothec. tacit. contrab.* Atqui de aliis creditoribus, qui ad refectionem alterius rei, veluti navis, pecuniam mutuam dederunt idem asserere non licet, prout Accurs. & plerique omnes eum secuti faciunt; siquidem tacitum pignus speciali Senatusconsulto nominatim concessum est illi, qui in domus restitutionem nummos credidit *d. l. 1. in quib. cauf. pign. vel hypoth. tac. contrab. cum similibus supra adductis,*

ductis, nulla autem speciali juris constitutione idem jus tributum legimus cæteris, qui vel in navim instruendam, vel aliam quam rem reficiendam nummos crediderunt; Non ergo idem de his creditoribus fingere debebimus; non enim eadem causa est ædificii reficiendi, & navis, aut alterius rei conservandæ. In ædificiis tuendis sarciendisque publica versatur utilitas ne ruinis aspectus urbis deformetur *l 2. C. de ædific. privat.* quorum nihil simile in navi, & cæteris rebus; ut ita dicendum sit, nec verbis nec sententia Senatusconsulti pignus in cæteris rebus, quæ nostra pecuniâ refectæ fuerunt, contrahi, nisi de eo generaliter aut specialiter convenit.

Non obstat *l. interdum 5. cum l. seq. ff. qui potior in pig. habeant.* quod enim ibi cæteris creditoribus, potior esse dicitur is, qui in rem conservandam quid impendit, puta ad navem armandam, vel reficiendam, non est ita exaudiendum, quasi Ulpianus tacitum creditori hujusmodi pignus afferat; neque enim eo loco tractatur, quomodo navis obligetur pignori, sed quis sit potior ex iis, quibus obligata est, diversis temporibus, & respondetur potiorem esse illum, qui ad eam reficiendam, aut extruendam pecuniam credidit, quamvis posterior crediderit, dummodo illud præsupponatur, huic quoque fuisse obligatam, id quod aperta conventione fit; pro ut contra cōmunem rectè statuit & respondit Donell. *in tractat. de pignorib. & hypoth. cap. 5. circa finem.*

Quod cum ita sit, ex falso præsupposito nihil certi potest inferri, sed destructo antecedente, consequens etiam destruatur necesse est. Immò licet indistinctè verum sit, quod præsupponebatur, & ad omnes omninò creditores, qui in rem conservandam vel reficiendam nummos crediderunt, pertineat, ei tamen consequens nō est, quod proinde & is qui rem quampiam vēdidit, pro precio illam sibi obligatam habeat, cum, ut supra diximus, tacitum pignus nulli competat nisi cui lege nominatim sit datum, cujusmodi lex in persona venditoris cessat, nec ulla uni constitutio tacitum pignus ipsi pro precio dedit, sed potius denegavit, ut constat *ex l. 1. §. fin. de*

vere potuiſſet, rem retinendo vel jus pignoris reſervando, ideoque ſibi imputare debebit ſi id neglexit indeque damnum ſenſit, at reliquis obærati emptoris creditoribus, nihil imputari poteſt, cum ex poſſeſſione bonorum debitorem judicarint locupletem, & omnia quæ poſſideat ejus eſſe crediderint; nec ſubfuit ratio, cur aliter credere debuerint. Atqui ita, firma manet concluſio, venditori nullam in re vendita competere prærogativam, nec poſſe ipſum aliis obærati debitoris creditoribus, vel dominii, vel pignoris jure, præferri.

DECISIO QVINTA.

An venditor in re vendita aliis obærati emptoris creditoribus præferatur ſi venditio ſub conditione fidejuſſoris pro precio dandi facta ſit.

TITIUS Sempronio prædiura vendiderat, ea lege & conditione, ut pro precio & in ſecuritatem ſolutionis idonei Fidejuſſores dentur. Emptore ceſſante, nec legi contractus ſatisfaciente alius quis ex emptoris creditoribus immiſſionem in bona emptoris, & in ſpecie in prædium prædictum petiit, & impetravit. Intervenit Titius venditor, petens immiſſionem ceſſari, & prædium ſibi reſtitui, aut certè de precio prius ſatisfieri. Quæſitum quid juris?

Contra Titium venditorem pronunciandum videbatur; Si enim aliqua ipſi competeret prælatio, vel dominii vel pignoris jure competat neceſſe eſt; Atqui pignoris jure nullam venditor in re vendita prærogativam habet, ſi inter contrahentes apertè conventum non ſit, ut res vendita pro precio ſit obligata pro ut in caſu propoſito, inter Titium venditorem & Sempronium emptorē, cōventū non fuit, quippe cum privilegium taciti pignoris nōniſi legibus conſtituatur, & nulli competat, niſi cui nominatim lege ſit

datum

datum *l.1.l.3.l.4.in quib. cauſ.pign.vel hypothec.tac.contrah.l.3.C.eod.l.1. ibi hypothecariam ab ipſa lege induci C.commun. de legat. & fideicommiſſ.l. unic.§.1.C.de rei uxor.action.l.6.§.ult.C.de bon.qua liber.* At de re vendita nuſpiam ita conſtitutum legitur, nec ulla juris conſtitutio tacitum pignus venditori pro precio debet, ſed potius denegavit, ut conſtat *ex l.1.§.fin. cum leg ſeq. de reb. eor. qui ſub tutel.vel cura ſunt ſine decret.non alienand.* ubi dum quærit Ulpianus; An minor rem emptam venditori ſuo pro precio oppignorare poſſit, rem venditam citra apertam conventionem venditori obligatam nō eſſe præſupponnit, ſiquidem inutilis aliàs & ſupervacua eſſet diſputatio, An emptor, minor annis, rem emptam pignori obligare poſſit venditori, ſi ipſo jure pro precio obligata eſſet, quippe cum ejuſdem ſit naturæ, nec minoris efficaciæ pignus tacitum, quàm quod aperta contrahentium conventione conſtitutum fuit *tot.tit. Digeſtorum & Codicis in quib.cauſ.pign.vel hypoth.tac.conſtituat.* ut ita & venditor non haberet opus, aperta convenire de pignore ſibi cavere, ipſo jure, & tacita pignoris conſtitutione ſatis tutus.

Similiter nec dominii jure ullam venditori in re vendita prærogativam cōpetere, aſtruitur ex reſcripto Imperatorum Diocletiani & Maximiani *in l.12.C.de rei vendicat.* Incivile eſt, inquiunt, atque inuſitatum, quod poſtulas, ut mancipium, quod tradidiſti, & eo modo dominium ejus tranſtuliſti ex noſtro reſcripto tibi aſſignetur; ſanè de precio, ſi non hoc ante probatum fuerit te recepiſſe cōveni adverſariam tuum: quo ipſo haud obſcurè innuitur, quod ſi fundus venditus ſit & traditus, licet emptor precium nō ſolvat, vel incipiat fieri obæratus & non ſolvendo exiſtat, minime tamen ad reſcindendum contractum actione ex vendito, vel ad reſtitutionem fundi venditi actione in rem agi, & fundus vindiceari poſſit, ſed neceſſe ſit ad ſolam precii ſolutionem agere. In eandem ſententiam idem reſcripſerunt, iidem Imperatores, Diocletian. & Maximian. *in l.venditi 6.C.de actionib.empt.& l.14.C.de reſcind.vend.*

Accedit quod venditor rem venditam emptori purè & ſimpliciter ſine ulla dominii reſervatione tradiderit, adeoque fidem de

precio

precio habuerit; uti contra gl.*in l.quod vendidi, ff.de contrah empt* Fabrum & alios *in §.vẽdita, Instit.de rer.divis.* tenet Menoc.*de præsumpt. lib 3.præsumpt.79.nu 4.* quẽ ad hoc allegat & sequitur Modest. Pistor. *illust.quæst.part.2.q 60.n.15.* Unde quod Ulp.*in l.5 l.18 ff.de tribut act.* de casu haud absimili respondit, vindicationi locum non esse, quãdo dominus rei alienatæ in creditum ivit, idem & hic in casu præsenti respondendum videtur, ivisse nimirum venditorem in creditum, eo ipso dum precium conventum ad instar mutui apud emptorem esse sivit, adeoque rem venditam nullo jure repetere & vẽdicare posse; siquidem si in creditum ire, & fidem de precio emptori habere noluisset, apertè ea de re protestatus fuisset, quin & merito protestari debuisset, ut ita quemadmodum alias protestatio interposita jus competens conservat, sic è contrario ejus intermissio competentis juris amissionem operetur, Bart.*ad l non solum, §.morte de oper.nov nunci.t.* Jason *ibid. nu 50.* Anton. Gomez *lib 2.resolut.cap. 13 nu 12* Kirchov.*cent.6.concl 82.* Guid.Pap *decis.172.n.2.* & Dd commun.*in l si duo §.Inquilinus, ff uti possid.*

At his & aliis, quæ pro coloranda causa immissi creditoris afferri possent, non attentis, pro venditore pronunciandum autumo; atque ita etiam à collegio Jureconsultorum, quod est Helmstadii, pronunciatum memini, Non sanè intuitu pignoris cujusdam venditori in re vendita competentis, (nullam quippe venditori in re vendita hypothecam jure constitutam esse, adeoque nec competere, rectè circa primam dubitandi rationem adductum, & plenius quæstione proximè præcedenti deductum fuit) sed attenta dominii causa. Etsi enim venditor, emptore precium non solvente, ad rescindendum contractum agere nequeat, neque rem venditam vindicare, sed necesse habeat, ad solam precii solutionem agere, pro ut circa secundam dubitandi rationem *ex l incivile 12.C.de rei vendicat. l.venditi 6.C.de actionibus empt.l 14.C.de rescind.vendit* deductum fuit, hactenus tamen id obtinet, si fides de precio emptori sit habita per text.*in §.venditæ, Institut.de rer divis.* contra vero, si fides emptori de precio habita non sit, dominium rei venditæ in emptorem tradi-

 tione

tione non transfertur, sed penes venditorem manet *l. 19. ff. de contrahen. empt.* ubi Pompon. quod vendidi, inquit, non aliter fit accipientis, quam si aut precium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori, sine ulla satisfactione.

Atqui hoc nostro casu, nec precium est solutum, aut satis eo nomine factum, nec etiam venditor fidem emptori habuit; cum enim venditor animadverteret emptorem in parato pecuniam non habere, rem venditam ipsi tradere noluit, nisi fidejussorem, in securitatem solutionis certò subsecuturę, emptor venditori constituat; quod cum emptor in se receperit, at non præstiterit, nec conditioni appositæ satisfecerit, res vendita pro non tradita habetur, nec dominium in emptorem translatum censebitur, *d. §. vendita vero, Inst. de rer. divis. & d. l. 19 ff. de contrah. empt.*

Unde, quod afferebatur, rem venditam emptori purè & simpliciter sine ulla dominii reservatione traditam fuisse, adeoque fidē emptori de precio habitam sponte curruit, siquidem theorica illa, quâ venditor rem venditam sine reservatione dominii tradens, emptoris fidem sequi præsumitur, in dubio obtinet, atqui nostro casu, de mente venditoris nihil subest dubii, quippe qui precium sibi solvi, & in securitatem solutionis sine mora subsecuturæ fidejussorem sibi dari voluit, adeoq; fidem emptoris sequi se nolle satis apertè declaravit.

Nec proinde quod Ulpian. *in l. 5. §. 18. ff. de tribut act.* respondit, huc quadrat, cum constet, venditorem nostrum ire creditum in noluisse; cui consequens est, rem venditam ipsum rectè vindicare posse, juxta eundem Ulp. *in d. §. 18.* ubi si in creditum, inquit, non abiit vendicare rem venditam non prohibebitur.

Nec quicquam ipsi oberit, quod protestatus non sit, de non transferendo dominio; siquidē protestatio de iis, quæ tacitè insunt, facta nihil operatur arg. *l. 3. C. de fideiussor. Nov. 99. in princ.* ita nec omissio protestationis præjudicat in iis, quæ ipso jure competunt, vel aliàs nobis sunt salva; Quapropter cum venditori ipso jure promissum

sum

ſum ſit, rem venditam repetere, ſi precium non ſolvatur, *d. § venditæ, Inſtit. de rer. diviſ. l. 18. de tribut. act.* Inſuper & de mente venditoris, quod fidem emptoris ſequi noluerit, ex inde ſatis conſtet, quod fidejuſſorem de precio ſibi dari petiit, utique proteſtatione opus non fuit, & facta ſupervacua extitiſſet.

DECISIO SEXTA.

An creditores hypothecarii, ut in ſorte, ita & in uſuris præferantur chirographariis, aliisq; hypothecariis juniorem hypothecam habentibus.

De ordine & prioritate creditorum votantibus dubium ſubortum fuiſſe memini, An qui in ſorte præferuntur, in uſuris etiam prælationem habeant?

Sanè creditores hypothecarios, licet præferantur chirographariis in ſorte, in uſuris tamē non præferri nec uſuras conſequi, niſi de ſorte prius chirographariis, aliiſq; poſteriorem hypothecam habentibus ſit ſatisfactam, ſunt qui autumant. Atq; ita à Jureconſultis Academiæ Altorfinæ reſponſum, & hypothecariorū petitionem de uſuris factam, quo ad chirographarii, aliiq; hypothecarii poſteriores, de ſorte contententur, dilatam ac ſuſpenſam fuiſſe, videre eſt inter conſilia Altorfina *conſ. 59. circa finem.* In eandem ſententiam anno præterito Wittenbergenſes, quoq; iviſſe & judicaſſe memini. Ex interpretibus quibus ſententia illa placuerit, inter alios ab Altorfinis *d. conſ. 59.* allegatur Matth. Coler. *in tract. de proceſſib. executivis par. 1. c. 10. num. 94.* Weſenbec. *conſ. 50. num. 34.* Videturque ſumma æquitate niti, prout illam decidendi rationem allegant, & urgent Jureconſulti Altorfini dicto loco, ſiquidem ſummè iniquum & abſurdum judicatur, ut qui de damno vitando certant, pro ut chirographarii faciunt ſortem expoſitam repetentes, poſtponantur aliis lucro & prædæ inhiantibus, pro ut faciunt hypothecarii de uſuris captandis ſolliciti, contra vulgatam juris regulā, quæ vult potiorem rōem habendam eorum, qui de damno vitando certant, quàm

qui lucro inhiant. *§. fin. vers. sin autem, Instit. quib. alienar. lic. vel non. l. 9. C. de usucap. pro empt. l. fin. §. si quis, vers. non enim, C. de codicill. l. 7. l. 8. de jur. & fact. ignorant. l. si minoris 25. de administrat. & peric. tutor. l. 6. de his quæ in fraud. creditor. c. pervenit, extr. de fideiussorib.* Unde cum in jure & decisionibus juris æquitas cum primis attendi debeat *l. 90. l. 192. de reg. jur. l. placuit, Cod. de judic. l. 51. § penult. ad leg. Aquil. l. quod si Ephesi, 4. §. 1 de eo quod cert. loc. l. 1. l. 2. ad leg. Rhod. de jact. c. fin. extr. de transactionib.* utique sors usuris omninò præferenda videtur, utcunque lege scripta destituamur. Accedit, quod usurarum exactio sit odiosa, nec proinde extendi sed restringi debeat *c. odia, de reg. jur. in 6. l. 155 ff. eod. l. cum quidam 19. delib. & posth. l. 42 ff. de pæn. cum concordantib.*

At his & aliis, quæ pro coloranda priori opinione adduci possent, non attentis, in contrariam sententiam aliquoties in facultate respondimus, eumque qui prior est in sorte, priorem etiam in usuris esse pronunciavimus. Eodem modo à Jureconsultis Academiæ Marpurgensis 17. Novembr. anno 1615. in concursu creditorum de prioritate contendentium judicatum fuisse animadverti. Eandem sententiam legendo & judicando approbarunt Bart *ad l. 18 ff. qui potior. in pign. habeant.* Neguz *in tract. de pignorib. & hypoth. memb. 2. part. 5. prin. n. 15. Mynf. 1. observ. 59. Moller. lib. 1. semestriũ. c. 28. ubi exemplũ ponit in venditore qui ut præfertur in precio ita & in usuris præferendus venit.*

Nec jure, & evidenti ratione posterior hæc sententia destituitur. Siquidem certi & indubitati est juris hypothecarios creditores præferri chirographariis aliisque posteriorem hypothecam habentibus per text. *in l. eos qui 9. C. qui potior. in pign. habeant. l. pro debito 6. C. de reb. autorit. judic. possidend. l. potior 11 ff. qui potior. in pign. hab. l. 2. l. 3. l. 4. l. 8. C. eod. l. 3. C. ut in possess. legat. servand. causa mitt. l. 2. C. de privileg. fisci,* nec in usuris ullibi contrarium reperitur constitutum proindeque standum erit regulæ, exceptione non probata *l. 5. ff. de probationib. & præsumptionib. l. 64. §. 9. solut. matrim. l. 3. in fin. de offic. præsid. l. 10. de publician. in rem. act.* Immò creditores hypothecarios non minus in usuris quàm in sorte præferri chirographariis textus est in terminis *in l. 18 ff. qui potior. in pign. hab.* Lucius Titius, inquit Scævola, pecuniam

mutuam.

mutuam dedit sub usuris, acceptis pignoribus, eidemque debitori Mævius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit, Quæro An Titius non tantum sortis, & earum usurarum nomine, quæ accesserunt antequam Mævius crederet, sed etiam earum quæ postea accesserunt, potior esset, respondi Lucium Titium in omne quod ei debetur potiorem esse. *Hactenus Scævola*, quæsitum fuit An Titius hypothecarius anterior, præferatur Mævio hypothecario posteriori; & sane quod attinet sortē, & usuras, quæ accesserunt antequā Mævius eidem debitori sub iisdem pignoribus pecuniam credidit, nō multū dubitabatur prelationem locum habere, At quod attinet usuras, quæ accesserunt postaquam Mævius eidem debitori sub iisdem pignoribus pecuniam dedit dubitari potuit, quippe cum dies debiti illius primum cesserit, posteaquam res secundo creditori pignori fuit obligata, At eo non obstante, in illis etiam usuris, quæ accesserunt, posteaquam Mævius debitorem sub iisdem pignoribus sibi obligavit, Titium præferri, responsum fuit; nec refert quod dies usurarum ejusmodi cesserit, quando debitor Mævio obligari cœpit, siquidem regula, qua dicebatur, quod qui potior est tempore, potior sit jure, unâ eademque re duobus vel pluribus pariter oppignorata, obtinet, etiamsi ante diem prioris debiti cedentem res alii etiam pignori sit obligata, adeoque in eo etiam credito prior creditor potior est, cujus dies cessit posteaquam res secundo pignori est obligata, *l qui balneum 9 l potior 11 ff. qui potior in pignor. hab. l. 2. C. eod.* De hypothecario posteriori quod dictum fuit, idem multo magis de chirographariis creditoribus dicendum venit, cum enim hypothecarius tempore prior, ut in sorte ita & in usuris præferatur hypothecario posteriori, ipsa ratio dictat eundem multo magis præferri debere chirographario, quippe cum creditor chirographarius hypothecario, etiam posteriori postponatur, ut ita locum hîc habeat tralatitium illud, si vinco vincētem te, Ergo fortius vinco te, fundatum & exemplo declaratum *in l. 14. §. 3 ff. de divers. & temporalibus præscriptionib.*

Nec æquitate destituitur superius JCti Scævolæ responsum;

Potiorem quippe rationem haberi eorum, qui sibi suæque rei vigilarunt summè æquum est, Ulpiano & Scævola attestantibus *in leg. quod autem 6. c. sciendum, l. pupillus 24. ff. quæ in fraud. creditor.* quibus in locis pro creditoribus, qui sibi vigilarunt respondetur, postpositis res suas negligentibus, cum jura vigilantibus sint scripta, ut habent verba *d. legis* 24. Cui consequens est, nostro quoq; casu creditorem qui hypotecam sibi dari curavit potiorem esse debere chirographario, qui soli debitoris personæ credidit, non attendens plus cautionis & securitatis in re esse quam in persona *l. plus cautionis 25 ff. de regul. juris.*

Unde, quod circa *primum* contrariæ sententiæ fundamentum de æquitate ejusque autoritate afferebatur, sponte corruit; siquidē tum demum æquitas attenditur si sit evidens, ita ut nullam dubitationem in contrarium admittat; nec fortiori æquitatis ratione vincatur, ut hic fit: deinde, nulla æquitatis ratio habetur, nec æquitatis quæ subesse videbatur, attenditur, si lege aperta aliud constitutum habeamus, prout in nostro casu aperta & in terminis, ut loquuntur interpretes, extat decisio apud Scævolam in recitata *lege 18 ff. qui potior pign. hab.* tum enim æquitas, quæ nobis subesse videbatur, legi cedat, necesse est, potiorq; æquitatis scriptæ quam non scriptæ ratio habenda *l. prospexit 12. ff. qui & à quib. manum. lib. non fiunt. l. 20. cum leg. seq ff. de legib.*

Nec quicquam urget, quod odia sint restringenda, non enim est interpretum extra legem sibi sumere restringendi licentiam; ut taceam non omnes usuras esse odiosas, sed quasdam valde favorabiles quales sunt usuræ compensatoriæ, ubi quod ultra sortem accipitur ad indemnitatem pertinet, uti post alios eleganter monstravit Wesenb. *in paratil. Digestor. de usur. n. 7. cum seqq.*

De præjudiciis & Autoritate interpretum, quod afferebatur, parū stringit, non n exemplis sed legibus (qualem pro nostra sententia habemus evidentem) judicari oportet; deinde præjudiciis præjudicia & Autoritatibus Autoritates opposuimus, quibus cum Legisla-

gislatoris Autoritas accedat, & lex assistat, è medio contraria præjudicia, & dissentientes interpretum quorundam Autoritates recedant necesse est; quanquam quod attinet autoritatem Matthæi Coler. non loquitur is de jure communi quid eo obtineat, sed refert & exponit, quid ab Electore Saxonico ea de re refert ea specialiter sit constitutum.

Atque ita manet, creditores hypothecarios, pro ut præferuntur in sorte, ita & in usuris præferendos esse chirographariis, aliisq; hypothecariis juniorem hypothecam habentibus.

DECISIO SEPTIMA.

Num tutoribus licita sit bonorum pupillarium alienatio, si princeps alienationi consentiat eamq; fieri permittat?

Res pupillares sine decreto magistratus, & causæ cognitione alienari non debere, alienationem factam inutilem esse, tutorum contractus à pupullis retractari res alienatas emptoribus avocari ac vindicari posse, peculiari Senatusconsulto constitutum, ac provisum videmus, *l. 1. & tot. tit. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt sive decr. non alien.*

Atque empturus ædes pupillares, à principe, sub quo pupilli domicilium habuerunt, bonaq; ipsorum sita fuerunt rescriptum & licẽtiam alienandi impetravit. Quæsitum vero fuit à tutorib. Num principe in alienationem consentiente, licita sit alienatio, ipsique hoc modo securi constituantur, ne post finitam tutelam à pupillis suis desuper conveniri possint.

Licitam esse rerum pupillarium alienationem, principe in illam consentiente, eamque permittente, omni dubio carere videtur, per text. *in l. 2 C. quan. decret. non est opus*; Illud, inquit, Aurelianus Imperator requirendum est, An adito principe Saturninus vir clarissimus specialiter jus venditionis acceperit;

Referri

Referri & recenseri illic casus, quibus ad alienationem rerum pupillarium decreto non est opus, ex Rubrica & inscriptione tituli constat. Inter illos refertur & is, si à superiori principe jus vēditionis sit impetratum, & princeps alienationi consentiat. Additur ratio, quia, ut habent verba textus, ad instar præsidialis decreti concessio principalis accedit.

Unde *secundum* quo in casu proposito alienatio licita videbatur, argumentum resultat; Quando enim autoritas magistratus intervenit & decretum interponetur ut liceat alienare, alienatio licita existit, nec à pupillis retractari potest, *l.1.l.11.de reb eor qui sub tut. vel cura.sunt, l.6.l.18.C.de prædi. minor.* Atqui concessio principalis est instar decreti *d.l.2.C.quando decret non opus.*

Ergo alienatio facta, manebit firma, nec retractari poterit; cum enim per paria censeantur & æquiparentur, decretum magistratus inferioris solenniter enunciatum, & rescriptum principis, utique idem operabitur specialis permissio principis, quod operatur decretum magistratus, nec magistratus inferioris decretum majorem vim habebit, ipso principis indulto; siquidem quod dicitur & prædicatur de pari idem etiam de compari dicendum & prædicandum venit, per vulgatam Logicorum theoricam.

Accedit *tertiò* ad orationem D. Severi quam alienationes rerum pupillarium prohibentur, interpretatio relata *in l.2.circa fin. juncta l.1.§.fin.de reb.eor.* ubi si in emptione prædii convenerit, ut res empta venditori pignori sit obligata, donec precium à pupillo solvatur, conventio illa invalida pronunciatur, nec pignoris constitutio tenet, quia oppignoratio, species est alienationis, per trad. à Vult. *2.feud.10.n.43.* Covarr. *2.resol.c.16.n.7.* atque oratione D. Severi alienationes rerum pupillarium sine decreto fieri prohibentur *l.1.de reb.eor.* Ergo nec pignoris constitutio in rebus pupillaribus sine decreto procedet; Si tamen principali rescripto pignus confirmetur, confirmatio illa loco decreti habebitur, & pignoris constitutio valebit, ut annotat & supplet Paul. *d.l.2.de reb.eor.*

Facit *quartò*, quod quæ aliàs jure sunt invalida accedente confirmatio-

firmatione, & rescripto principis, valida fiant. Exemplum habuimus in casu *d.l.2.de reb.eor.* aliud occurrit in l. 38. de adopt. ubi adoptio non jure & minus solenniter facta, à principe confirmata valet ac subsistit; jubente & volente ita superioritate ac majestate principi tributa.

Denique pro facienda alienatione, non parum stringit, quod ædes de quarum distractione quæritur pupillis sint inutiles, & alienatio longè utilior; siquidem distractis ædibus, & pecuniâ in usuras elocatâ triplo plus lucri inde pupillis accederet, quam ex retentione vel elocatione ædium, quippe cum ædes tanta mercede elocari nequeant, insuper annuam refectionem desiderentur, ut ita instituta computatione refectionum quotannis faciendarum, & mercedis acceptę, parum de mercede, sumptibus detractis, fit super futurum. Accedit quod ædes incendio ac flammis sint expositæ, cujusmodi periculum metuendum non est, si pecunia ex distractione ædium confecta in emptorem prædiorum vertatur, aut sub usuris elocetur, fidejussoribus hypothecisve à debitore acceptis.

Unde, cum tutoribus incumbat, & unicus, cur dentur, sit finis ut commodum pupillorum promoveatur, & reditus ipsorum augeantur, ædium de quibus quæritur distractio ipsis omnino concedenda videtur, prout & aliàs sine decreto, propriaque autoritate res supervacuas ac tempore perituras distrahere permittuntur *l.4. C. quando decret. non est opus l. tutor 6. §. si tutor. de adm. tut. l. sancimus 28. §. fin. C. eod. ratio est*, quia cum in finem decreti interpositio desideratur, ne quid damni ex distractione tutoribus libera relicta pupillis accedat, sed prius inquiratur, Num utilis sit futura rerum pupillarium alienatio. Atqui finis ejusmodi, & præsens pupillorum utilitas in distractione ædium evidenter conspicitur; supervacuum igitur foret decreti interpositione requirere, quippe quando de fine constat, de mediis non debemus esse solliciti, & quando finis habetur cessant destinata ad finem argumento exempli propositi *in §. sed si 8. Instit. de suspect. tutor.*

At his non attentis, nudum principis indultum in proposita

M facti

facti specie, ubi nullum quod exolvi debuisset debitum subfuit, nõ sufficere, nec tutoribus ædes pupillares distrahere licere responsum memini: Etsi n. quando autoritas magistratus intervenit, & decretũ interponitur, ut liceat alienare, alienatio licita existit, & à tutorib. sine ipsorum periculo res pupillares validè alienari poterunt, *juxta l.1. l.11 de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt. l.6. l.18. C. de præd. minor.* id tamen non de quovis permissu, & absoluto magistratus indulto, accipiendum, sed hactenus obtinet, si subsit æs alienum, & ipsius rei necessitas alienationem suadeat; Nec enim prætori liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares, sed ita demum, si æs alienum immineat, inquit, Ulpian. *in l.5. §.14. de reb. eor.* cui conc. cõstitutio Impp. Dioclet. & Maxim. *in l.12. Cod. de præd. minor.* ubi apertis & verbis taxativis rescripserunt, ob æs alienum tantum, causa cognita, præsidiali decreto minorum bona distrahi posse. Prout igitur decretum magistratus nullius est momenti, si absque causæ cognitione, & quando non urget æs alienum, prætor res pupillares alienari permisit; ita nec nudum principis indultum alienationem licitam faciet, nullo pupillorum debito urgente; nec causæ cognitione præcedente, prout in casu præsentis ad nudam futuri emptoris supplicationem & illi inserta narrata vendendi licentia data fuit, modo ab Impp. *in l.6. C. de præd. min.* planè improbato; venditio possessionis minorum inquiunt Impp. *dict. l.6.* per procuratorem delato ad prætorem vel præsidem provinciæ libello, fieri non potuit, cũ ea res confici, rectè aliter non possit, nisi apud Acta causis probatis, quæ venditionis necessitatem inferant decretum solenniter interponatur.

Nec huic nostræ assertioni contrariatur Aureliani Imperatoris rescriptum, citatum ex *l.2. C. quando decret. non est opus.* Etsi enim principis autoritas defectum decreti supplet, & perinde sit, sive decretũ interponatur, à prætore vel præside sive ab ipso principe specialiter jus venditionis impetretur, inde tamen non efficitur omni & quovis casu alienationem rerum pupillarium principis indulto confirmari, & impetrato jure vendendi quamvis alienatorum permissam

missam censeri, sed accipi & exaudiri debebit cum temperamento, de casu necessitatis, & quando pupillorum conditio venditionem desiderat, nec sine illa illis aliàs consuli posset. Id quod haud obscurè innuitur verbis finalibus *opposita l.2.* ubi dum additur, quod ad instar præsidialis decreti concessio principalis accedat, eo ipso satis significatur, nō plus concedi vel confirmari principis indulto, quam alias decreto prætoris vel præsidis concessum vel confirmatum fuisset; atqui extra causum necessitatis decretum interponi non posse, & interpositum nihil operari constat *ex l.5. § si æs alienum, de rebus minor. & l.12 C. de præd. min.* Unde & patet solutio *secundi* in contrarium oppositi argumenti; Respondendum quippe per inversionem argumenti adducti; decretū à magistratu eo demum casu interponi potest, & interpositū licitam rerum pupillarium alienationē facit, quando necessitas vēdendi subest & æris alieni dissolutio venditionem urget *d. l. 5. § si æs alienum, de reb. eor. & d. l. 12. C. de præd. min.* Atqui concessio principalis est instar decreti *d. l. 2. C. quand. decreto non est opus.* Ergo quantum est in decreto, tantundem etiam in concessione principis inerit; Cum enim paria censeantur & æquiparentur decretum magistratus inferioris solenniter enunciatum, & rescriptū principis, utiq; quicquid de decreto dicitur vel negatur, idē etiam de indulto principis dicēdum vel negandum venit, argumento eorum quæ circa inductionē secundi objecti ex logicis allata fuerunt.

Non minoris est importantiæ *tertium* pro contraria opinione allatum argumentum; siquidem quod *in l. 2. de reb. eor.* pignoris constitutio aliàs inutilis & invalida, principali rescripto confirmatur, separatam planè à nostro casu rationem habet. Res minorum ne obligari, quidem sine decreto posse patet *ex l. si pupillorum 7. §. fin. de reb. eor. qui sub tut.* at quærebatur, si in emptione prædii convenerit, ut res empta venditori pignori sit obligata, donec preciū à pupillo solvatur; An nō eo casu pignoris cōstitutio & cōventio privata valeat; quod negatur, si tamē principali rescripto pignus cōfirmatur, cōfirmatio illa loco decreti habebitur, & id quod invalidum fuit, vali-

 dum

dum reddit ratio est, quia in casu proposito pignus cum ipso dominio quodammodo quæsitum fuit, & ab initio obligatio inha sit, ut ita facilius confirmari possit, hujusmodi pignoris reservatio, quam si deplenaria rerum pupillarium alienatione agatur.

Nec etiam per omnia & in omnibus obtinet, quod *quartò* de vi & efficacia confirmationum principalium afferebatur: siquidem quod quæ aliàs jure sunt invalida accedente confirmatione & rescripto principis valida fiunt, id obtinet, si confirmatio illa sine præjudicio & damno fieri possit, pro ut contingit in casu *d. l. 2. de reb. cor. & l. 38. de adoptionib.* At cum intersit pupillorum bona vita non alienari, sed ipsis sarta tecta conservari utique extra casum necessitatis alienari non possunt, nec alienatio inutiliter facta autoritate & rescripto principis confirmari.

Denique parum stringit nec alienationem rerum pupillarium licitam facit, quod ædium de quarum distractione quæritur, retentio pupillis videatur esse inutilis ipsa vero alienatio longe utilior, cum distractis ædibus, & prœmia in usuras elocata triplo plus lucri inde pupillis accederet, quàm ex retentione vel elocatione ædium, quippe quod ædes tanta mercede elocari nequeant, insuper annuam refectionem desiderent, quin & incendio ac flammis sint expositæ; siquidem ne tum quidem alienationem rerum pupillarium valere, si res alienata minori sit inutilis, vel damnosa, aut plus justo precio vendita apertè constat *ex l. 13. de reb. eor. qui sub tute. vel cur. sunt sin. decret non alienand.* ubi cum quæreretur si fundus sit sterilis, vel saxosus, vel pestilens, An alienare eum tutor possit, ab Imperatoribus Severo & Antonino id denegatum fuit; quod allegastis, habent verba rescripti, infructuosum esse fundum, quem vendere vultis, movere nos non potest, cum utique, pro fructuum modo, precium inventurus sit. Et in specie, ne domum quidem pupillarem sine decreto & extra casum necessitatis alienari posse, apertis verbis constitutum habemus *in l. 22. §. nec domum, C. de administrat. tutor.* ubi Constantinus Imperator, nec domum, inquit, vendere licebit, in qua defe-

defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines, aut non videre fixas, aut revulsas videre, satis est lugubre.

Quibus ita deductis & refutatis contrariis, firma manebit decisio, Nudum principis indultum, in proposita facti specie, ubi nullum, quod exolvi debuisset, subfuit debitum, non sufficere, nec tutoribus ædes pupillares distrahere licere.

DECISIO OCTAVA.

An actio injuriarum civilis ex lege Cornelia competens, annalis, an vero perpetua sit?

IN publicâ platea injuriosè verberatus injuriā sibi illatā certâ pecuniæ summâ æstimabat, eamq; sibi sententiâ judicis adjudicari petebat. Reus cōventus non negabat factum, at ante biennium illa facta fuisse asserebat, adeoq; præscriptionis præsidio se vallatum & temporis exceptione munitum contendebat, absolutionem ab instituta actione petens.

Actor replicando lapsum biennii fatebatur, at verò oppositam exceptionem jure nulla fundari, nec injuriarum actionem, expulsatione & verberatione competentem, anno finiri adeoque actionem intentam & ipsiusmet Rei confessione probatam opposita exceptione non fuisse elisam. Quæsitum quid juris?

Et sanè annalem esse actionem injuriarum, quæ ex prætoris edicto descendit ad unum omnes concedunt interpretes per *l. si non convicii 5. C. de iniur l. 17. §. 6 eod.*

Quod si vero non prætoria actione, de injuria agatur, sed ex l. Cornelia, eo quod se pulsatum quis verberatumve, vel demum suam vi introitam esse dicat, Num & illa injuriarum actio annalis sit, ita ut si injuriatus post lapsum annum actionem instituat, præscriptionis exceptio locum habeat magna Doctorum contentione cōtrovertitur. Annalem esse, nec minus eam quæ ex l. Cornelia de-

dum reddit ratio est, quia in casu proposito pignus cum ipso dominio quodammodo quæsitum fuit, & ab initio obligatio inhæsit, ut ita facilius confirmari possit, hujusmodi pignoris reservatio, quam si de plenaria rerum pupillarium alienatione agatur.

Nec etiam per omnia & in omnibus obtinet, quod *quartò* de vi & efficacia confirmationum principalium afferebatur: siquidem quod quæ aliàs jure sunt invalida accedente confirmatione & rescripto principis valida fiunt, id obtinet, si confirmatio illa sine præjudicio & damno fieri possit, prout contingit in casu *d. l. 2. de reb. cor. & l. 38. de adoptionib.* At cum intersit pupillorum bona vita non alienari, sed ipsis sarta tecta conservari utique extra casum necessitatis alienari non possunt, nec alienatio inutiliter facta autoritate & rescripto principis confirmari.

Denique parum stringit nec alienationem rerum pupillarium licitam facit, quod ædium de quarum distractione quæritur, retentio pupillis videatur esse inutilis ipsa vero alienatio longe utilior, cum distractis ædibus, & prœmia in usuras elocata triplo plus lucri inde pupillis accederet, quàm ex retentione vel elocatione ædium, quippe quod ædes tanta mercede elocari nequeant, insuper annuam refectionem desiderent, quin & incendio ac flammis sint expositæ; siquidem ne tum quidem alienationem rerum pupillarium valere, si res alienata minori sit inutilis, vel damnosa, aut plus justo precio vendita apertè constat *ex l. 13. de reb. cor. qui sub tute. vel cur. sunt sin. decret non alienand.* ubi cum quæreretur si fundus sit sterilis, vel saxosus, vel pestilens, An alienare eum tutor possit, ab Imperatoribus Severo & Antonino id denegatum fuit; quod allegastis, habent verba rescripti, infructuosum esse fundum, quem vendere vultis, movere nos non potest, cum utique, pro fructuum modo, precium inventurus sit. Et in specie, ne domum quidem pupillarem sine decreto & extra casum necessitatis alienari posse, apertis verbis constitutum habemus *in l. 22. §. nec domum, C. de administrat. tutor.* ubi Constantinus Imperator, nec domum, inquit, vendere licebit, in qua defe-

defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines, aut non videre fixas, aut revulsas videre, satis est lugubre.

Quibus ita deductis & refutatis contrariis, firma manebit decisio, Nudum principis indultum, in proposita facti specie, ubi nullum, quod exolvi debuisset, subfuit debitum, non sufficere, nec tutoribus ædes pupillares distrahere licere.

DECISIO OCTAVA.

An actio injuriarum civilis ex lege Cornelia competens, annalis, an vero perpetua sit?

IN publicâ platea injuriosè verberatus injuriã sibi illatã certã pecuniæ summâ æstimabat, eamq; sibi sententiâ judicis adjudicari petebat. Reus cõventus non negabat factum, at ante biennium illa facta fuisse asserebat, adeoq; præscriptionis præsidio se vallatum & temporis exceptione munitum contendebat, absolutionem ab instituta actione petens.

Actor replicando lapsum biennii fatebatur, at verò oppositam exceptionem jure nulla fundari, nec injuriarum actionem, expulsatione & verberatione competentem, anno finiri adeoque actionem intentam & ipsiusmet Rei confessione probatam opposita exceptione non fuisse elisam. Quæsitum quid juris?

Et sanè annalem esse actionem injuriarum, quæ ex prætoris edicto descendit ad unum omnes concedunt interpretes per *l. si non convicii 5. C. de iniur. l. 17. §. 6 eod.*

Quod si vero non prætoria actione, de injuria agatur, sed ex l. Cornelia, eo quod se pulsatum quis verberatumve, vel demum suam vi introitam esse dicat, Num & illa injuriarum actio annalis sit, ita ut si injuriatus post lapsum annum actionem instituat, præscriptionis exceptio locum habeat magna Doctorum contentione cõtrovertitur. Annalem esse, nec minus eam quæ ex l. Cornelia de-

scendit, quàm quæ ex edicto prætoris ortum habet, anno circumscribi, notavit gloss. *ad d.l. si non convicii 5. C. de injur. & ad § sed & lex. Instit. eod.* Glossam sequuntur Azo *ad Rubr. codic. de injur. num. 17.* Gomez *3. resolut. 6. n. 15.* Oldendorp. *class. 7. act. 10. & in tractat. de usucap. & præscript. tit. de action. intra certa temp. exercend. n. 12.* Petr. à Placa. *in Epit. delict. cap. 6. n. 43.* Schurf. *1. cons. 12. n. 5.* Boss. *in pract. tit. de injur. num. 23.* Wurmbser. *in pract. observationib. tit. 47. de injur. observat. 1.* & alii plures, quos magno numero referunt & sequuntur Autores consili, quod extat inter Altorfina *num.* 43. & duobus Cameræ Imperialis adsessoribus adscribitur. Secuti fuerunt eandem sententiam Ingolstadienses & Altorfini Jureconsulti, approbando & subscribendo consilium modo relatum. Movētur *primo* per *l. si non convicii 5. C. de injur.* Si in rixam (*habent verba textus*) incōsulto calore prolapsus homicidii convicium objecisti, & ex eo die annus excessit, cum injuriarum actio annuo tempore præscripta sit, ob injuriæ admissum conveniri non potes. Quæsitum, An qui homicidii convicium alicui objecerat, post annum conventus secundum petita Actoris cōdemnari possit. Rescribunt Impp. Diocletian. & Maxim. ob injuriæ admissum conveniri non posse Victorinum consulentem; addita ratione, quia ita enim Autores supra relati textum inducunt) injuriarum actio annuo tempore præscribi soleat, & verò post annum actio in hypothesi ibi proposita primum intentari voluit. Unde inferunt, quod cum generaliter & absolutè dicatur injuriarum actionem annuo tempore præscribi, nec distinguatur sitne verbalis, An realis injuria, nec nos distinguere debeamus *juxta vulg. l. de precio, ff. de publician. act. 1. de legat. præstand.*

Secundo urgent, quod non possit dari lex, quæ contrarium disponat; ideoq; cum constet injuriarum actionem annuo tempore finiri, nec ullibi excepta inveniatur injuriarū actio ex l. Corn. descendens, utique standum esse regulę, nec exceptionem non probatam admitti debere, qui enim dicit, casum aliquem à regula esse exceptum, hanc suam exceptionem speciali aliqua juris constitutione probet necesse est, *l. 5. de probat. & præsumpt.*

Tertiò urgent, quod non possit dari diversitatis ratio, cur inju-

riarum actio ex convicio verborum orta anno finiatur; Ea vero quæ ex pulsatione, verberatione, violentave introitione in domum oritur, perpetua esse debeat.

Quartum sententiæ illius fundamētum desumunt ab identitate rationis; Nam quæ ratio suasit, ut verbalis injuriç actio restringatur, nec post annum agere liceat; Eandem etiam in actione injuriarum realium obtinere; utramque ad vindictam, & pœnæ persecutionem dari *l. 2. § 4. ff. de collat. bonor. l. 7. §. 2. de iniur.* utramque infamare *l. 1. de his qui notant. infam.* ideoque ceu odiosam restringendam *cap. odia, de reg. jur. in 6. l. pen. de pœn. l. 11. §. 1. de injur. l. 155. § 7. ff. de reg. jur.*

Quintò omnes leges, omniaque jura ex utilitate Reipubl. dijudicari & æstimari debere. Atqui sententiam illatam, quâ Realium injuriarum actio intra metas anni coërcetur, proprius accedere utilitati Reipubl. quam si dicamus actionem ex l. Cornelia perpetuam esse; nunquam n. tranquillitas feliciter constare potest, cum judicia scatent injuriarū litibus: quo argumento usus fuit Oldendorp. *dict. class. 7. act. 10.*

Sextò. In dubiis benigniorem & humaniorem sententiam præferendam esse juris est indubitati, *l. 10. § fin. de reb. dub. l. 56. l. 168. l. 192. de reg. jur. Clar § testamentum. q. 62. n. 1.* Atqui interpretationem illam ut post annum non detur ob pulsationem, vel verberationem actio longè esse æquiorem, humaniorem & conscientiç tutiorem; quippe cum propius accedat ad mansuetudinem, quam charitas à nobis exigit, videlicet ut ad remittendam potius quam ad persequendam injuriam simus propensiores.

Cui *septimò* accedit Rei favor; si quidem in dubio proniores non esse debere ad liberandum, quam ad obligandum jura jubent, & est text. *in l. Arrianus 47. de oblig. & action.* maximè in odiosis, Wesenb. *consf. 19. n. 32.* quo facit, quod quando dubitatur de veriore & cōmuniore opinione, pronunciandum sit pro Reo, uti habet communis practicorum theorica & latè persequitur Corat. *in tract. de communib. Doctor. opinionib. lib. 2. tit. 9. num. 168.*

Octavò ipsius actoris negligētia urgetur. Cum n. propter negligētiam

tiam non agentium præſcriptionum jura ſint introducta, ac aliàs quoque in cauſis non odioſis negligentia præſcribendi cauſa fundamentumque eſſe ſoleat *l. ultim. in fin. Cod. de annali except.* & vero in caſu præſenti, ipſe injuriatus paſſus ſit biennium ſine litis conteſtatione elabi, utique de præſcriptione dubitari non debere, maximè quod conſulto, & in fraudem Rei conventi id ab actore factum videatur, quo interim Reo defenſiones intercidérent, & teſtes quibus ſit uſurus morte ſopirentur quippe in dolo eſſe præſumitur, qui cum poſſit agere, (pro ut præſenti actori nullo nõ die actionem movere licuiſſet) non egit, ſed diſtulit agere dum adverſario pereant, probationes Matth. de Afflict. *deciſ. 13. n. 12.* Molin. *de uſur. quæſt. 16. n. 187. in fin.* jam autem iniquum eſſet, actori quidem dolum ſuum prodeſſe, Reo vero nocere, contra *l. non debet 74. l. factum 155. de reg. iur. l. 1. in princ. ff. de alienat. judic. mutand. cauſ. fact. l. 2. quod vi aut clam.* quo pertinet, quod aliàs etiam injuriarum actio nõ admittitur, ubicunque contra æquum quis venit *l. non ſolum 11 §. 1. de injur.*

Nono urgent autoritatem communium opinionum communis eſt opinio, actionem injuriarum realium ex l. Cornelia deſcendentem, non minus anno finiri, quam quæ ex edicto prætoris oritur, pro ut illam communem dicunt Laurentius Kirchov *centur. 5. commun. opin.* Mynſing. *obſervat. 7.* Franciſc. Marcus *in deciſionib. Parlamenti Delphinatus part. 2. quæſt. 192. num. 6.* Oldendorp *claſſ. 7. action. 10.* Petr. à Plac. *in Epitom. delect. cap. 6. n. 43.* Atq; inventa opinione communi, judici non amplius (ne quidem, ſi caſus alioquin vàlde ſit dubius) licet eſſe in incerto, cum habeat quid in judicando ſequatur, inquiunt & argumentantur Autores *dicti conſil. Altorfini 43.* allegantes ad id Corat. *in tractat. de communibus opinionib. lib, 2. titul. 8. nu. 16. cum ſeqq.*

Denique pro aſſerenda annali præſcriptione Autores ſuprà relati præjudiciis diverſorum Collegiorum, Facultatum, Conſiſtoriorum, Rotarum, curiarumque ſententiis & præjudiciis pugnant. Ita enim ſervari & pronunciari in omnibus Saxoniæ tribunalibus, teſtis eſt Hieronym. Schurf. *centur. 1. conſil. 12. n. 5.* & poſt ipſum Matt. Weſen-

Wesenbec. *in paratitl. Digestor. de injur. & famos. libell. n. 15.* In eandem sententiam, se vidisse judicari testatur Joh. Baptista Plot. *consil. 35. volum. 1. n. 19.* Eandem sententiam apud se usu servari testatur Hartm. Hartman. *lib. 1. observat. practicar. tit. 47. de iniur. observat. 1.* ubi refert, universitatem Heidelbergensem consultam à Cancellario Florentino de Wommingen respondisse, Actionem injuriarum ex l. Cornelia descendentem, annalem esse, non perpetuam. Eodem modo, responderunt Autores consilii, quod extat inter responsa Altorfina num. 43. subscriptum à Jureconsultis Altorfinis & approbatum à collegio Jureconsultorum Academiæ Ingolstadiensis. Nec ob causam aliquam specialem sic judicatum fuisse, sed quod ita justum piumque crederent, & eam pro æquiore melioreve sententiam haberent; adeo meritò sequendam tot præjudiciis comprobatur, & communi Dd. calculo receptam sententiam, At his non obstantibrs, contra Reum conventum in proposita facti specie responsum memini. Nec desunt autoritates Jureconsultorum in eandem sententiam respondentium; siquidem injuriarum actionem ex l. Cornelia descendentem non annalem esse, sed perpetuam, & ad triginta usque annos competere, inter alios docent Clar *lib. 5. sententiar. §. iniuria, n. 9.* Farinac. *in quæstionib. criminalib. lib. 1. tit. 15. q. 10.* Duaren. *de iniur. cap. 2.* Roland. *2. consil. 39. n. 15.* Geil. *2. observ. 104. n. 4.* Mynsing. *1. observation. 84. & 5. observation. 7.* ubi refert ab Adsessoribus Cameræ Imperialis, in duabus caussis ita judicatum fuisse. Solidum hujus sententiæ fundamentum in eo positum putamus, quod actio injuriarum ex lege Cornelia descendens sit civilis, civiles vero, hoc est, quæ ex legibus proficiscuntur actiones sint perpetuæ, nec minori quàm triginta annorum spacio extinguãtur, per regulam traditam *in princip. Instit. de perpet. & tempor. actionib. l. 3. l. 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.*

Respondere conantur, qui contrarium sequuntur sentẽtiam, ad fundamentum modo relatum quod regulæ illi generali, quæ dicit Actiones ex lege descendentes esse perpetuas derogetur *per l. si non conviciis, C. d. iniur.* ut quæ specialiter loquatur in actione injuria-

N rum,

rum, & illam, sine distinctione, annuam pronunciet. At si legem illam, quâ tantopere nituntur dissentientes, rectè intueamur, non de omni illam injuria, sed de verbali tantum, quam prætor vindicat, loqui deprehendemus. Agitur enim ibi de objecto homicidii crimine, & actione inde intentatâ, quæ utique prætoria est, ideoque annua; Sanè non loquitur ibi prætor, sed princeps, cujus rescripta, pars juris civilis potissima habentur, pro ut contra responsionem datam regerunt autores dicti consilii Altorfini, at inde non sequitur, quod proinde in casu *d.l.5.* de civili injuriarum actione agatur, cum quod prætor edixit, ab Imperatoribus ad propositam ipsis facti speciem accommodetur.

Nec verba *cum injuriarum actio annuo tempore præscripta sit*, continent rationem à genere desumptam, pro ut alii textum illum inducunt, & responsionem datam infringere conãtur, siquidem verba illa, non eo, quo illi putant sensu, accipienda sunt, quasi dicant Impp. injuriarium actionem annuo tempore præscribi, ideoq; cum ex crimine, de quo ibi agitur intra annum non sit actum, nullũ amplius actioni locum fore; sed hæc est sententia, quod cum post convicium objectum integer annus excesserit, actio, quæ aliàs injuriato competiisset, per lapsum tanti temporis sit præscripta, ideoq; cum effectu repeti non possit, pro ut hanc Imperatorum mentem & argumentationem ipsa legis verba satis apertè demonstrant cum non dicant *actionem injuriarum in hypothesi propositam cessare, quia actiones injuriarum annuo tempore præscribantur & intra annum actum non sit*, sed *cum injuriarum actio annuo tempore præscripta sit*, inquiunt, *ob injuria admissum conveniri non potes.*

Atq; ita salvum & immotum manet superioris nostri responsi fundamentum, simul & satisfactum *primò* contrariæ sententiæ argumento, quod desumebatur *ex l 5. C. de injur.*

Non majoris est importantiæ *secunda* dubitandi ratio; nec enim ullibi generaliter de actione injuriarum asseritur, annuo illam tempore finiri sed ubi hoc dicitur de actione injuriarum prætoria id dici animadvertemus. Contra vero cũ certa & generalis sit regula, civiles &

les & quæ ex legibus proficiscuntur actiones, esse perpetuas, traditã *inprin. Instit. de perpet. & tempor. action.* nec ullibi excepta inveniatur injuriarum actio ex lege Cornelia descendens, utique standum erit regulæ, nec exceptio non probata admitti debebit.

Nec, ut *tertio* putabatur, deest diversitatis ratio, cur injuriarum actio ex cõvicio verborum orta anno finiatur, ea verò, quæ ex pulsatione oritur, perpetua esse debeat; cũ enim injuriam verbalem prætor vindicet, & vero ex prætoris edicto omnes actiones prætoriæ pœnales anno, quia prætorum jurisdictio tantum annua fuit, terminentur, *l. in honorariis 35. de obligat. & actionib. princip. Instit. de perpet. & temporal. action.* utique & illam esse annalem consequens est: ut taceam Reales injurias longe esse atrociores & intolerabiliores, ideoque mirum videri non debere, longiora tempora illarum persecutioni indulta fuisse.

Unde & patet, sitne, ut *quartò* opponebatur, eadem utriusque actionis, prætoriæ & civilis, ratio. Nec quicquam urget, quod odia sint restringenda, non enim est interpretum, extra legem sibi sumere restringendi licentiam: ut taceam quod etsi injuriarum actio, respectu injuriantis, & intuitu pœnæ, quæ ipsi petitur infligi, odiosa sit, actoris tamen intuitu, ut ei ob acceptam injuriam satisfiat, & qualem qualem accipiat recompensam favorabilis existat.

Quod *quinto* ab utilitate Reipublic. & tranquillitate fori desumebatur argumentum, nihil ad constitutionem juris confert, si non accedat legislatoris autoritas, per ea quæ supra discursu secundo fusè disseruimus; nec minus etiam interest Reipubl. providere, ut delinquentes puniantur, quam ut Privilegio temporis muniantur, & dignis eximantur pœnis *l. ita vulneratus 51. § 2. l. ad l. Aquil. l. 18. in princ. ff. de injur. & famos. libell.*

Eadem infirmitate laborat *sextum* contrariæ opinionis argumentum; læsis sanè id inculcare licet, ut attenta charitate, quam Christianus Christiano debet ad remittendã potius, quam ad persequendam injuriam sint propensiones, at nolentibus inde imperari

non potest; nec in casu dubio, ubi benignior & humanior sententia præferenda venit, versamur, sed in re certa, certo & indubitato jure definita.

Ad hæc Christianorum mansuetudo & charitas eo usque extendenda non est, ut rei justo eximantur supplicio; nec minus expedit Reipubl. providere, ut delinquentes puniantur, quàm ut humanitatis beneficia in eos conferantur, & privilegio temporis muniantur, argumento accusationum criminalium, quarum pleræque non nisi viginti annorum exceptione excluduntur: *l. querela 12. C. ad l. Cornel. de fals.*

Unde & septimum à favore Rei desumptum argumentum sponte corruit attentis his, quæ ad argumentum proximè præcedens respondimus & quæ circa quartam dubitandi rationem superius notavimus facit, quod favore & beneficio dignus censeri nequeat, qui in alium maleficus, ac injurius esse maluit.

Similiter nec Actoris negligentia Reo absolutionem parit, prout circa *octavā* dubitandi rationem considerabatur. Etsi enim propter negligentiam non agentium præscriptionum jura sint introducta, ut tamen hoc vel illo tempore, ut longiori, vel breviori spacio, hæc vel illa actio præscribatur, ex legislatoris autoritate, ejusq; determinatione dependet.

Quod *nono* de Autoritate communium opinionum afferebatur, solidè refutatur ex his quę suprà decisione prima disputavimus, ubi solidissimè ostendimus communes opiniones interpretum necessariam autoritatem non habere, nec judicem adstrictum esse illas in judicando sequi, ut taceam non deesse, qui contrariam opinionem judicent esse communiorem, uti facit Balb. *in tract. de præscrip. part. 4 partis quartæ principal. qu. 1. §. 4.*

Idem de præjudiciis, pro asserenda annali pręscriptione *ultimo* relatis judicandum; non enim exemplis sed legibus judicari oportet. Et, si præjudiciis pugnandum foret, longe nobilius extat apud Mynsing. *5. observ. 7.* ubi refert ab Adsessoribus Cameræ Imperialis in duabus causis ita judicatum fuisse; Nec quæ contra illud Cameræ Impe-

Imperialis præjudicium ab Autoribus dicti consilii Altorfini 43. §. *quodsi quis*, disputantur tanti sunt momenti, ut aliâ aliarum curiarum præjudicia, illi præferri debeant, uti cuivis in foro versanti constat, & patebit ex his quæ de Autoritate præjudiciorum Cameralium alibi dicemus.

DECISIO NONA.

Cuinam cedat Thesaurus in domo vendita ante traditionem inventus?

TITIUS domum suam Cajo mille florenis vendiderat, venditore adhuc inhabitante, re nondum tradita, nec precio numerato, à quodam venditoris famulo olla nummis plena in foramine parietis casu inventa fuit: Quæsitum cui cedat pecunia reperta?

Sibi soli pecuniam illam deberi inventor contendebat; Nec quod Thesauri inventi portio ex constituto, Leonis in *l* unica, C. de Thesauris, domino loci deputatur, ad casum præsentem pertinere adeoque nec emptorem nec venditorem eo jure niti posse, Nō emptorem, siquidem quod Thesaurus pro parte domino loci cedat, eam id fieri ob causam, quia verisimiliter præsumitur à majoribus ejus provenisse; atqui locum Thesauri inventi jam primum emptori venditum fuisse, nec unquam à majoribus ipsius possessum, ut ita cessante juris constituti causa in persona emptoris, ipsum jus constitutum meritò cesset; similiter nec venditorem jure illo gaudere, tum quod dominio loci per vendtionem se abdicarit, nec dominii sed pignoris jure, inventi thesauri tempore domum tenuerit *l. 14. §. 1. de furt. l. 13 §. 8 de actionib. empt. l. 22. de hæredit. vel act. vend.* tum quod domus vendita penes venditoris majores successivè non fuerit, sed modo ab his modo ab illis inhabitata.

Ideoque tum emptore tum venditore remotis, sibi soli pecuniam inventam, inventionis jure deberi, per text. *in l. nunquam 31.*

§.1.de acquir.rer.domin. ubi Paulus ejus esse, inquit, qui invenit, quod alterius non sit; Siquidem quod nullius est, naturali ratione occupanti cedit per regulam Caii traditam *in l. 3 ff. de acquir. rer. dom.* declaratam exemplo feræ bestiæ in alieno captæ, & gemmæ in littore maris inventæ: fera bestia licet in alieno solo capta sit, capienti cedit *d.l.3.§.1.de rer.acq.rer.dom §.fera Instit. de rer. divis.* similiter lapilli & gemmæ, & cætera, quæ in littore maris inveniuntur, in totum occupanti conceduntur, *l.3 ff. de rer.divis.l.1.§.1.de acquirend.possess.* quod enim nullius est, naturali ratione occupanti cedit *d.l 3 ff. de acquiren. rer.dom.& d.§.feræ, Instit.de rer. divis.* Atqui Thesaurum rebus ejusmodi annumerari, ac pro re nullius haberi, testis est Paul.*in l 31.§.1. de acquir.rer.dom.cui concord l unic.C.de Thesaur.*

Urgebatur & illud ex parte inventoris, quod Thesaurus donum sit fortunæ *l.63.de acquir.rer.dom* & beneficium Dei uti appellat Imper.Leo *in dict. l. unic. Cod. de Thesaur.* ut ita valde sit inhumanum, & invidum, homini invidere, quod Deus ipsi provisum voluit. Ideoque Thesaurum inventum meritò relinquendum illi, cui Deus illum concesserit, ac digito quasi monstrarit, & cujus tempore potius, quam alio illum inveniri voluit.

Ex parte venditoris, negabatur *primò* pecuniam inventam pro Thesauro, pro ut *in l.unic.Cod.de Thesaur.* & quando de acquirendo dominio agitur accipi solet habendam, adeoque jura de inventione Thesauri, & acquirendo ejus dominio constituta huc non pertinere. Etsi enim Thesaurus omnem aliàs quæ in futurum recondita est pecuniam significet, nec minus ea quæ recens abscondita fuit, ita ut dominus ipsius jamdum extet & notus sit, quàm quæ antiquitus cujusque dominus ignoratur, thesauri appellatione veniat ut præter nominis notationem (dicitur enim quasi θὴς εἰς αὔριον positus in crastinum) probatur *ex l.item Labeo 22.ff famil.hercifcund.l. 44. de acquiren. possess.l.15.ad exhibend.* si tamen de acquirendo rerum dominio, adeoque de acquisitione Thesauri, sit quæstio, requiri adhuc aliud, nempe ut nemo sit qui illum suũ dicat, & ut pro re nullius,

sive, pro derelicto, habeatur; Atqui talem pecuniæ inventæ qualitatem ab Adversariis, vel inventore, vel emptore, doceri non posse, pro ut illis incumbat attestante Sixtino consiliorum Marpurgensium *libr. primo consil. 13. numer. 23.* post Fabr. Socin. & alios ibi allegatos, quippe cum præsumptio sit pro venditore (quod n. in re mea invenitur meum præsumitur) adeoque onus probandi in adversarium transferat, pro ut & aliàs affirmanti probatio incumbit *l. 5. de probat. l. 16. C. eod.*

Immò pecuniam litigiosam, non esse Thesaurum, facilè monstrari posse, utcunque aliàs à parte negante probatio non desideretur per jura vulgò nota. Ut enim sit Thesaurus requiri, pecuniam antiquis temporibus fuisse depositam, & ultra hominum memoriam latuisse, nec dominum habere *l. nunquam 31. §. 1. de acquiren. rer. domin.*

Atqui pecuniam litigiosam quod attinet, ejus depositionem hominum memoriam non excedere, cum domus, in qua fuit inventa, ultra sexaginta vel septuaginta annos non steterit, adeoque nec dominum ignorari, cum à majoribus suis domus illa de novo sit extructa, ac proinde ab illis pecunia illuc abscondita præsumatur; quod enim in ædibus fit per inhabitantes factum esse præsutur argumento *l. 11 ff. de pericul. & commod. rei vendit. l. 3. §. 1. de offic. præfect. vigil.* & quæ in ædibus tuis inveniuntur, tua esse judicentur per ea quæ allegat Speculat. *in tit. de furt. n. 14. lib. 4.* Sixtin. *d. consil. 13. n. 26. cum seq.*

Nec officere in præsumptionibus illa esse posita siquidem propter præsumptionem, quis satis probasse censeatur, dum ab adversario non docetur contrarium, per *text. in l. penult. C. qui militar. possess. vel non*, ubi gloss. Alciat. de præsumpt. *reg. 3. præsumpt. 21. n. 2.* Sixtin. *d. cons. 13. n. 38. cum seq.*

Nec ad dominii probationem apodicticas requiri demonstrationes, sed posse dominia rerum meris etiam inditiis probari, per textum *in leg. inditia, Cod. de rei vendicat.* & tradita à Menoch. *de arbitr.*

arbit.iud.quæst.lib.2.cas.42. cum in dubio & incertitudine probationum (cujusmodi etiam est dominii probatio *juxt. Menoch. d.loc.n.1.*) per conjecturas liquidissima probatio inducatur *per tex.in l.licet 74. de legat.prim.* & tradita à Sextin. *d.cons.13.n.36.*

Quibus sic stantibus, & in facto positis, clara & aperta pro venditore extaret decisio *in l.67 ff.de rei vendicat.* ubi cum quis à tutore pupilli domum mercatus, ad ejus refectionem fabrum induxisset, isque pecuniam invenisset, & quæreretur, ad quem pertineat? responsum fuit, si non thesauri fuerunt, sed pecunia fortè deperdita vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, ejus illam permanere, cujus antea fuerat. Concordat *l.31. §.1. de acquir.rer.domin.* ubi Paulus si quis, inquit, aliquid, vel lucri causa, vel metus, vel custodiæ, condiderit sub terra, non est thesaurus, cujus etiam furtum fit. Illustre hujus rei exemplum ex Jasone refert Duaren. *ad l.3. §.Neratius, de acquirend.possess* & in comment.ad titu. Digestorum *de acquir.rer.domin.cap.4.* mercator quidam quatuor millia ducatorũ, majoris securitatis causa, & quo tutius per mare transferri possent, pilæ ceræ incluserat, eo mortuo, filius, hujus rei ignarus, ceram illã institori, institor Aromatario vendidit, à quo cum inibi inventa esset pecunia, ac quæreretur cujusnam sit, prioris mercatoris filio illam restituendam esse decisum fuit, desumpta decidendi ratione *ex d.l.67.ff.de rei vendicat.& d.l.31.§.1 de acquir.rer.domin.* Consimilis extat decisio, casus haud absimilis, & in terminis terminantibus, ut loquuntur cons.Marpurg. *lib.1.cons.13.per tot.* ubi consimiliter, pro venditore responsum, & pecunia inventa ipsi adjudicata fuit, invẽtore emptoreque remotis, & ad restitutionem condemnatis.

Posito, pecuniam inventam antiquissimis temporibus fuisse depositam, ita ut ejus memoria non extet, nec dominium, qui sciatur, habeat; nihilo tamen minus sibi illam deberi venditor cõtendebat: siquidem (quod est secundum ex parte venditoris allatum argumentum) thesaurum inventum, domino loci, vel in totum vel pro parte, prout ipse vel tertius quis invenit, cedere, juris est notissimi, ut constat *ex l.unic.C.de Thesaur.& §.Thesauros, Institut.de*

rer.

rer. divis. Atqui venditorē in casu proposito inventionis tēpore dominū domus in qua thesaurus invētus fuit, adhuc extitisse, negari nō posse, siquidē pactis, & conventionib. dominīa rerū non transferunt text. est generalis *in l. 20. C. de pact.* & in specie, de venditione, & ꝙ per illam, solam, traditione non subsecuta, dominium in emptorē non transferatur, extat text. *in §. 3. circa fin. Instit. de contrah. empt.* ubi Justinian. qui nondum, inquit, res emptori tradidit adhuc ipse dominus est, concordat *l. 40 ff. de action. empt. l. si pater 8. C. eod l. si ager 50 ff. de rei vendic. l. servum 27. C. eod. l. qui tibi 3. C. de his qui à non dom. manum. sunt*; nec dari potest textus contrarius, ubi ante traditionem dominium rei venditæ emptori asseratur.

Idque adeò verum perhibetur, ut si nolit rem tradere venditor, præcisè ad id non cogatur, sed sibi illam, præstando interesse, retinere possit; uti post Johannem & Bulgar. antiquios glossatores tenet Socin. *in l. 9. ff. de reb cred. si cert. petat.* Alciat. *ad l. unic. C. de senten. quæ pro eo quod interest proferunt.* Vaud *1. quæstion. 9.* Fachin. *libr. 2 controvers. cap. 30.* Gœdd. *de contrah. stipulat. cap. 9. conclus 4. num. 65. cum seqq. per l. 1. l. 11. in prin. junct. §. idem ait non tradentem, l. 12 ff. de actionib. empt. l. 4. C. eod. l. 10. quibus mod. pign. vel hypoth. tacit. contrah. l. 6. C. de hared. vel act. vendit. l. 17. Cod. de fide instrument.* Urget *præterea* æquitatis rationem. Naturâ æquum est, ut cujus est damnum & incommodum ejusdem & sit commodum *l. 10. de regul iur.* Atqui ad venditorem pertinere omne damnum & incommodum, ante traditionem rei venditæ contingens, ita ut si res vendita ante traditionem pereat, emptori precium, si quod solvit, restituendum, aut nondum solutum remittendum sit, uti disputat, & concludit Cujac. *libr 8. ad African. exponens l. 33. locat.* quem sequuntur Vult. *in comment. Institut. de empt. & vend. num 71.* Borch. *ad §. 3. eiusdem tituli*; Bocer. *disputation. class 1. disput. 4. th 79. per text. in l. si fundus 33. locat. l. 4. l. 12. l. 13. l. 14. de pericul. & comm. rei vend.*

Quar'ò valde iniquum esse asserit emptorem ditari, cum damno venditoris *l 14. de condict. indeb. l 26 de verb. obligation* maximè in contractu bonæ fidei, *l. 4. C. de obligat. & action. l 6. C. de contrahen.*

empt. cujusmodi est emptionis venditionis contractus *§. actionum, Instit. de actionib. l. 5. l. 5. C. de rescind. vend.*

Quintò, urget regulam in Accessionibus dominique jure accessionis acquirendi vulgatam, quâ dicitur, quod adjunctum cedat suo subjecto, & quod is qui rei est dominus, sit etiam dominus ejus, quod rei istius occasione provenit, unde cum thesaurus sit loci beneficium, ejusque adjunctum & accessio, utique domino loci, qualis in casu proposito venditor existit, cedat necesse est, prout purpura accessionis vice cedit vestimento *§. si tamen, Instit. de rer. divis.* ædificium areæ *§. cum in suo, §. ex diverso*, planta solo *§. si Titius*, sata agro *§. qua ratione*, itemque literæ, licet aureæ sint, chartis membranisve *§. litera, Instit. eod.*

Sextò, quæ ignorantur venditionis tempore, non censentur simul esse vendita, sed restituenda sunt venditori *l. 77. Digest. de contrahend. empt.*

Septimò, quod juris est in contractu Locationis conductionis, idem etiam erit in contractu emptionis venditionis, maximam quippe inter se familiaritatem habent, iisdemque juris regulis consistunt *leg. 2. Digest. locat. princip. Institut. eodem.* unde & frequens est horum contractuum inter se collatio *§. 1. Institut. de locat. conduct. l. 22. l. si fundus 33 ff eod. l. 5. §. 4 ff. de actionib. empt.* Cujac. *tract. 3. ad African. in expositione l. 33 locat.*

Atqui circa locationem receptum est, ut pensio augeatur, si conductor maximum lucrum sentiat, ut sentit gloss. *in l. si merces §. vis major. Locati* per illum textum *& leg. 2. Cod. de Alluvionibus & paludibus.*

Ergo & in venditione idem statuendum est; & consequenter Thesaurus inventus emptori, lucro non cedet, nec cum venditoris damno emptor ditari debebit; Quo argumento pro venditore

ditore ejusque patrocinio utitur Ludov. Roman. *ad l. si quis cum aliter 36. de verbor. obligat.* allegatus à Fachin. *2 controv. 20.* Atumazo *decis. 1. num. 11 cum seq.*

Octavò, ultra dimidium justi precii læsus venditor adversus emptorem agere potest, ut res vendita restituatur, vel quod deest justo precio suppleatur, *leg. 2. Cod. de rescind. vendit.* Atqui in casu proposito venditorem longè ultra dimidium justi precii læsum esse, habita ratione thesauri, eoque inter fructus rei venditæ connumerato, pro ut ejus ratio merito sit habenda, quippe cum in dijudicanda læsione, æstimatio secundum tempus contractus, qualis tum fuerit, ineatur, licet occulta fuerit rei qualitas, & minimè patens *leg. 8. in fin. Cod. de rescindend. vendit. l. 3. §. 5. de jur. fisc.*

Quo eodem argumento pro venditore usus fuit Roman. *loco supra allegato.*

Denique cum certa sit juris regula Thesaurum in alieno loco inventum pro dimidia ejus parte domino loci cedere, si casu à tertio sit repertus, nec in persona venditoris, ad traditionem usque dominium retinentis, exceptio doceri possit, Nec etiam textus dari, quo emptoris esse dicatur, utique secundum regulam allegatam venditori, ceu domino, adjudicando esse nummos in litem deductos.

Pro emptore affertur *primò leg. 67. de rei vendicat.* ubi Thesaurus in domo recenter empta inventus (ipsi emptori adjudicatur) nisi possit doceri, pecuniam inventam fuisse perditam, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablatam. Atqui in casu præsenti venditorem probare non posse, quod pecunia inventa fuerit deperdita, vel per errorem à se aut suis neglecta.

tiam non agentium præſcriptionum jura ſint introducta, ac aliàs quoque in cauſis non odioſis negligentia præſcribendi cauſa fundamentumque eſſe ſoleat *l. ultim. in fin. Cod. de annali except.* & vero in caſu præſenti, ipſe injuriatus paſſus ſit biennium ſine litis conteſtatione elabi, utique de præſcriptione dubitari non debere, maximè quod conſulto, & in fraudem Rei conventi id ab actore factum videatur, quo interim Reo defenſiones interciderent, & teſtes quibus ſit uſurus morte ſopirentur quippe in dolo eſſe præſumitur, qui cum poſſit agere, (pro ut præſenti actori nullo nō die actionem movere licuiſſet) non egit, ſed diſtulit agere dum adverſario pereant, probationes Matth. de Afflict. *deciſ.13.n.12.* Molin. *de uſur. quæſt. 16.n. 187. in fin.* jam autem iniquum eſſet, actori quidem dolum ſuum prodeſſe, Reo vero nocere, contra *l. non debet 74. l. factum 155. de reg. jur. l.1. in princ. ff. de alienat. judic. mutand. cauſ fact. l.2. quod vi aut clam.* quo pertinet, quod aliàs etiam injuriarum actio nō admittitur, ubicunque contra æquum quis venit *l. non ſolum 11 §.1. de injur.*

Nono urgent autoritatem communium opinionum communis eſt opinio, actionem injuriarum realium ex l. Cornelia deſcendentem, non minus anno finiri, quam quæ ex edicto prætoris oritur, pro ut illam communem dicunt Laurentius Kirchov *centur. 5. commun. opin.* Mynſing. *obſervat. 7.* Franciſc. Marcus *in deciſionib. Parlamenti Delphinatus part. 2. quæſt. 192. num. 6.* Oldendorp *claſſ. 7. action. 10.* Petr. à Plac. *in Epitom. delect. cap. 6. n. 43.* Atq; inventa opinione communi, judici non amplius (ne quidem, ſi caſus alioquin vàlde ſit dubius) licet eſſe in incerto, cum habeat quid in judicando ſequatur, inquiunt & argumentantur Autores *dicti conſil. Altorfini 43.* allegantes ad id Corat. *in tractat. de communibus opinionib. lib. 2. titul. 8. nu. 16. cum ſeqq.*

Denique pro aſſerenda annali præſcriptione Autores ſuprà relati præjudiciis diverſorum Collegiorum, Facultatum, Conſiſtoriorum, Rotarum, curiarumque ſententiis & præjudiciis pugnant. Ita enim ſervari & pronunciari in omnibus Saxoniæ tribunalibus, teſtis eſt Hieronym. Schurf. *centur. 1. conſil. 12. n. 5.* & poſt ipſum Matt. Weſen-

Wesenbec. *in paratitl. Digestor. de injur. & famos. libell. n. 15.* In eandem sententiam, se vidisse judicari testatur Joh. Baptista Plot. *consil. 35. volum. 1. n. 19.* Eandem sententiam apud se usu servari testatur Hartm. Hartman. *lib. 1. observat. practicar. tit. 47. de iniur. observat. 1.* ubi refert, universitatem Heidelbergensem consultam à Cancellario Florentino de Wommingen respondisse, Actionem injuriarum ex l. Cornelia descendentem, annalem esse, non perpetuam. Eodem modo, responderunt Autores consilii, quod extat inter responsa Altorfina num. 43. subscriptum à Jureconsultis Altorfinis & approbatum à collegio Jureconsultorum Academiæ Ingolstadiensis. Nec ob causam aliquam specialem sic judicatum fuisse, sed quod ita justum piumque crederent, & eam pro æquiore melioreve sententiam haberent; adeo meritò sequendam tot præjudiciis comprobatur, & communi Dd. calculo receptam sententiam, At his non obstantibrs, contra Reum conventum in proposita facti specie responsum memini. Nec desunt autoritates Jureconsultorum in eandem sententiam respondentium; siquidem injuriarum actionem ex l. Cornelia descendentem non annalem esse, sed perpetuam, & ad triginta usque annos competere, inter alios docent Clar *lib. 5. sententiar. §. injuria, n. 9.* Farinac. *in quæstionib. criminalib. lib. 1. tit. 15. q. 10.* Duaren. *de injur. cap. 2.* Roland. *2. consil. 39. n. 15.* Geil. *2. observ. 104. n. 4.* Mynsing. *1. observation. 84. & 5. observation. 7.* ubi refert ab Adsessoribus Cameræ Imperialis, in duabus causis ita judicatum fuisse. Solidum hujus sententiæ fundamentum in eo positum putamus, quod actio injuriarum ex lege Cornelia descendens sit civilis, civiles vero, hoc est, quæ ex legibus proficiscuntur actiones sint perpetuæ, nec minori quàm triginta annorum spacio extinguãtur, per regulam traditam *in princip. Instit. de perpet. & tempor. actionib. l. 3. l. 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.*

Respondere conantur, qui contrarium sequuntur sentẽtiam, ad fundamentum modo relatum quod regulæ illi generali, quæ dicit Actiones ex lege descendentes esse perpetuas derogetur *per l. si non conviciis, C. d iniur.* ut quæ specialiter loquatur in actione injuria-

N rum,

rum, & illam, sine distinctione, annuam pronunciet. At si legem illam, quâ tantopere nituntur dissentientes, recte intueamur, non de omni illam injuria, sed de verbali tantum, quam prætor vindicat, loqui deprehendemus. Agitur enim ibi de objecto homicidii crimine, & actione inde intentatâ, quæ utique prætoria est, ideoque annua; Sanè non loquitur ibi prætor, sed princeps, cujus rescripta, pars juris civilis potissima habentur, pro ut contra responsionem datam regerunt autores dicti consilii Altorfini, at inde non sequitur, quod proinde in casu *d.l.5.* de civili injuriarum actione agatur, cum quod prætor edixit, ab Imperatoribus ad propositam ipsis facti speciem accommodetur.

Nec verba *cum injuriarum actio annuo tempore præscripta sit*, continent rationem à genere desumptam, pro ut alii textum illum inducunt, & responsionem datam infringere conātur, siquidem verba illa, non eo, quo illi putant sensu, accipienda sunt, quasi dicant Impp. injuriarium actionem annuo tempore præscribi, ideoq; cum ex crimine, de quo ibi agitur intra annum non sit actum, nullū amplius actioni locum fore; sed hæc est sententia, quod cum post convicium objectum integer annus excesserit, actio, quæ aliàs injuriato competiisset, per lapsum tanti temporis sit præscripta, ideoq; cum effectu repeti non possit, pro ut hanc Imperatorum mentem & argumentationem ipsa legis verba satis apertè demonstrant cum non dicant *actionem injuriarum in hypothesi propositam cessare, quia actiones injuriarum annuo tempore præscribantur & intra annum actum non sit*, sed *cum injuriarum actio annuo tempore præscripta sit*, inquiunt, *ob injuria admissum conveniri non potes.*

Atq; ita salvum & immotum manet superioris nostri responsi fundamentum, simul & satisfactum *primò* contrariæ sententiæ argumento, quod desumebatur *ex l.5.C.de injur.*

Non majoris est importantiæ *secunda* dubitandi ratio; nec enim ullibi generaliter de actione injuriarum asseritur, annuo illam tempore finiri sed ubi hoc dicitur de actione injuriarum prætoria id dici animi advertemus. Contra vero cū certa & generalis sit regula, civiles &

les & quæ ex legibus proficiſcuntur actiones, eſſe perpetuas, tradita *inprin. Inſtit. de perpet. & tempor. action.* nec ullibi excepta inveniatur injuriarum actio ex lege Cornelia deſcendens, utique ſtandum erit regulæ, nec exceptio non probata admitti debebit.

Nec, ut *tertio* putabatur, deeſt diverſitatis ratio, cur injuriarum actio ex cõvicio verborum orta anno finiatur, ea verò, quæ ex pulſatione oritur, perpetua eſſe debeat; cũ enim injuriam verbalem prætor vindicet, & vero ex prætoris edicto omnes actiones prætoriæ pœnales anno, quia prætorum jurisdictio tantum annua fuit, terminentur, *l. in honorariis 35. de oblig at, & actionib. princip Inſtit. de perpet. & temporal. action.* utique & illam eſſe annalem conſequens eſt: ut taceam Reales injurias longe eſſe atrociores & intolerabiliores, ideoque mirum videri non debere, longiora tempora illarum perſecutioni indulta fuiſſe.

Unde & patet, ſitne, ut *quartò* opponebatur, eadem utriuſque actionis, prætoriæ & civilis, ratio. Nec quicquam urget, quod odia ſint reſtringenda, non enim eſt interpretum, extra legem ſibi ſumere reſtringendi licentiam: ut taceam quod etſi injuriarum actio, reſpectu injuriantis, & intuitu pœnæ, quæ ipſi petitur infligi, odioſa ſit, actoris tamen intuitu, ut ei ob acceptam injuriam ſatisfiat, & qualem qualem accipiat recompenſam favorabilis exiſtat.

Quod *quinto* ab utilitate Reipublic. & tranquillitate fori deſumebatur argumentum, nihil ad conſtitutionem juris confert, ſi non accedat legislatoris autoritas, per ea quæ ſupra diſcurſu ſecundo fusè diſſeruimus; nec minus etiam intereſt Reipubl. providere, ut delinquentes puniantur, quam ut Privilegio temporis muniantur, & dignis eximantur pœnis *l. ita vulneratus 51. §. 2. l. ad l. Aquil. l. 18. in princ. ff. de injur. & famoſ. libell.*

Eadem infirmitate laborat *ſextum* contrariæ opinionis argumentum; læſis ſanè id inculcare licet, ut attenta charitate, quam Chriſtianus Chriſtiano debet ad remittendã potius, quam ad perſequendam injuriam ſint propenſiones, at nolentibus inde imperari

non poteſt; nec in caſu dubio, ubi benignior & humanior ſententia præferenda venit, verſamur, ſed in re certa, certo & indubitato jure definita.

Ad hæc Chriſtianorum manſuetudo & charitas eo uſque extendenda non eſt, ut rei juſto eximantur ſupplicio ; nec minus expedit Reipubl. providere, ut delinquentes puniantur, quàm ut humanitatis beneficia in eos conferantur, & privilegio temporis muniantur, argumento accuſationum criminalium, quarum pleræque non niſi viginti annorum exceptione excluduntur: *l. querela 12. C. ad l. Cornel. de falſ.*

Unde & ſeptimum à favore Rei deſumptum argumentum ſponte corruit attentis his, quæ ad argumentum proximè præcedens reſpondimus & quæ circa quartam dubitandi rationem ſuperius notavimus facit; quod favore & beneficio dignus cenſeri nequeat, qui in alium maleficus, ac injurius eſſe maluit.

Similiter nec Actoris negligentia Reo abſolutionem parit, prout circa *octavā* dubitandi rationem conſiderabatur. Etſi enim propter negligentiam non agentium præſcriptionum jura ſint introducta, ut tamen hoc vel illo tempore, ut longiori, vel breviori ſpacio, hæc vel illa actio præſcribatur, ex legiſlatoris autoritate, ejuſq; determinatione dependet.

Quod *nono* de Autoritate communium opinionum afferebatur, ſolidè refutatur ex his quę ſuprà decisione prima diſputavimus, ubi ſolidiſſimè oſtendimus communes opiniones interpretum neceſſariam autoritatem non habere, nec judicem adſtrictum eſſe illas in judicando ſequi; ut taceam non deeſſe, qui contrariam opinionem judicent eſſe communiorem, uti facit Balb. *in tract. de præſcrip. part. 4 partis quartæ principal. qu. 1. §. 4.*

Idem de præjudiciis, pro aſſerenda annali pręſcriptione *ultimo* relatis judicandum; non enim exemplis ſed legibus judicari oportet. Et, ſi præjudiciis pugnandum foret, longe nobilius extat apud Mynſing. *5. obſerv. 7.* ubi refert ab Adſeſſoribus Cameræ Imperialis in duabus cauſis ita judicatum fuiſſe; Nec quæ contra illud Cameræ

Impe-

Imperialis præjudicium ab Autoribus dicti consilii Altorfini 43. *§. quodsi quis*, disputantur tanti sunt momenti, ut aliâ aliarum curiarum præjudicia, illi præferri debeant, uti cuivis in foro versanti constat, & patebit ex his quæ de Autoritate præjudiciorum Cameralium alibi dicemus.

DECISIO NONA.

Cuinam cedat Thesaurus in domo vendita ante traditionem inventus?

Titius domum suam Cajo mille florenis vendiderat, venditore adhuc inhabitante, re nondum tradita, nec precio numerato, à quodam venditoris famulo ollà nummis plena in foramine parietis casu inventa fuit: Quæsitum cui cedat pecunia reperta?

Sibi soli pecuniam illam deberi inventor contendebat; Nec quod Thesauri inventi portio ex constituto, Leonis in *l* unica, C. de Thesauris, domino loci deputatur, ad casum præsentem pertinere adeoque nec emptorem nec venditorem eo jure niti posse, Nō emptorem, siquidem quod Thesaurus pro parte domino loci cedat, eam id fieri ob causam, quia verisimiliter præsumitur à majoribus ejus provenisse; atqui locum Thesauri inventi jam primum emptori venditum fuisse, nec unquam à majoribus ipsius possessum, ut ita cessante juris constituti causa in persona emptoris, ipsum jus constitutum meritò cesset; similiter nec venditorem jure illo gaudere, tum quod dominio loci per vendtionem se abdicarit, nec dominii sed pignoris jure, inventi thesauri tempore domum tenuerit *l. 14. §. 1. de furt. l. 13 §. 8 de actionib. empt. l. 22. de hæredit. vel act. vend.* tum quod domus vendita penes venditoris majores successivè non fuerit, sed modo ab his modo ab illis inhabitata.

Ideoque tum emptore tum venditore remotis, sibi soli pecuniam inventam, inventionis jure deberi, per text. *in l. nunquam 31.*

§. 1. de acquir. rer. domin. ubi Paulus ejus esse, inquit, qui invenit, quod alterius non sit; Siquidem quod nullius est, naturali ratione occupanti cedit per regulam Caii traditam *in l. 3 ff. de acquir. rer. dom.* declaratam exemplo feræ bestiæ in alieno captæ, & gemmæ in littore maris inventæ: fera bestia licet in alieno solo capta sit, capienti cedit *d. l. 3. §. 1. de rer. acq. rer. dom § feræ Instit. de rer. divis.* similiter lapilli & gemmæ, & cætera, quæ in littore maris inveniuntur, in totum occupanti conceduntur, *l. 3 ff. de rer. divis. l. 1. §. 1. de acquirend. possess.* quod enim nullius est, naturali ratione occupanti cedit *d. l. 3 ff. de acquiren. rer. dom. & d. § feræ, Instit. de rer. divis.* Atqui Thesaurum rebus ejusmodi annumerari, ac pro re nullius haberi, testis est Paul. *in l. 31. §. 1. de acquir. rer. dom. cui concord l. unic. C. de Thesaur.*

Urgebatur & illud ex parte inventoris, quod Thesaurus donum sit fortunæ *l. 63 de acquir. rer. dom* & beneficium Dei uti appellat Imper. Leo *in dict. l. unic. Cod. de Thesaur.* ut ita valde sit inhumanum, & invidum, homini invidere, quod Deus ipsi provisum voluit. Ideoque Thesaurum inventum meritò relinquendum illi, cui Deus illum concesserit, ac digito quasi monstrarit, & cujus tempore potius, quam alio illum inveniri voluit.

Ex parte venditoris, negabatur *primò* pecuniam inventam pro Thesauro, pro ut *in l. unic. Cod. de Thesaur.* & quando de acquirendo dominio agitur accipi solet habendam, adeoque jura de inventione Thesauri, & acquirendo ejus dominio constituta huc non pertinere. Etsi enim Thesaurus omnem aliàs quæ in futurum recondita est pecuniam significet, nec minus ea quæ recens abscondita fuit, ita ut dominus ipsius jamdum extet & notus sit, quàm quæ antiquitus cujusque dominus ignoratur, thesauri appellatione veniat ut prætor nominis notationem (dicitur enim quasi θὶς εἰς αὔριον positus in crastinum) probatur *ex l. item Labeo 22. ff famil. hercifcund. l. 44. de acquiren. possess. l. 15. ad exhibend.* si tamen de acquirendo rerum dominio, adeoque de acquisitione Thesauri, sit quæstio, requiri adhuc aliud, nempe ut nemo sit qui illum suũ dicat, & ut pro re nullius,

sive, pro derelicto, habeatur; Atqui talem pecuniæ inventæ qualitatem ab Adversariis, vel inventore, vel emptore, doceri non posse, pro ut illis incumbat attestante Sixtino consiliorum Marpurgensium *libr. primo consil. 13. numer. 23.* post Fabr. Socin. & alios ibi allegatos, quippe cum præsumptio sit pro venditore (quod n. in re mea invenitur meum præsumitur) adeoque onus probandi in adversarium transferat, pro ut & aliàs affirmanti probatio incumbit *l. 5. de probat. l. 16. C. eod.*

Immò pecuniam litigiosam, non esse Thesaurum, facilè monstrari posse, utcunque aliàs à parte negante probatio non desideretur per jura vulgò nota. Ut enim sit Thesaurus requiri, pecuniam antiquis temporibus fuisse depositam, & ultra hominum memoriam latuisse, nec dominum habere *l. nunquam 31. §. 1. de acquiren. rer. domin.*

Atqui pecuniam litigiosam quod attinet, ejus depositionem hominum memoriam non excedere, cum domus, in qua fuit inventa, ultra sexaginta vel septuaginta annos non steterit, adeoque nec dominum ignorari, cum à majoribus suis domus illa de novo sit extructa, ac proinde ab illis pecunia illuc abscondita præsumatur; quod enim in ædibus fit per inhabitantes factum esse præsumitur argumento *l. 11 ff. de pericul. & commod. rei vendit. l. 3. §. 1. de offic. præfect. vigil.* & quæ in ædibus tuis inveniuntur, tua esse judicentur per ea quæ allegat Speculat. *in tit. de furt. n. 14. lib. 4.* Sixtin. *d. consil. 13. n. 26. cum seq.*

Nec officere in præsumptionibus illa esse posita siquidem propter præsumptionem, quis satis probasse censeatur, dum ab adversario non docetur contrarium, per *text. in l. penult. C. qui militar. possess. vel non*, ubi gloss. Alciat. de præsumpt. *reg. 3. præsumpt. 21. n. 2.* Sixtin. *d. cons. 13. n. 38. cum seq.*

Nec ad dominii probationem apodicticas requiri demonstrationes, sed posse dominia rerum meris etiam inditiis probari, per textum *in leg. inditia, Cod. de rei vendicat.* & tradita à Menoch. *de arbitr.*

arbit.iud.quæst.lib.2.cas.42. cum in dubio & incertitudine probationum (cujusmodi etiam est dominii probatio *juxt. Menoch. d.loc.n.1.*) per conjecturas liquidissima probatio inducatur *per tex.in l.licet 74. de legat.prim.* & tradita à Sextin.*d.cons.13.n.36.*

Quibus sic stantibus, & in facto positis, clara & aperta pro venditore extaret decisio *in l.67 ff.de rei vendicat.* ubi cum quis à tutore pupilli domum mercatus, ad ejus refectionem fabrum induxisset, isque pecuniam invenisset, & quæreretur, ad quem pertineat? responsum fuit, si non thesauri fuerunt, sed pecunia fortè deperdita vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, ejus illam permanere, cujus antea fuerat. Concordat *l.31.§.1.de acquir.rer.domin.* ubi Paulus si quis, inquit, aliquid, vel lucri causa, vel metus, vel custodiæ, condiderit sub terra, non est thesaurus, cujus etiam furtum fit. Illustre hujus rei exemplum ex Jasone refert Duaren. *ad l.3. §.Neratius, de acquirend.possess.* & in comment.ad titu. Digestorum *de acquir.rer.domin.cap.4.* mercator quidam quatuor millia ducatorũ, majoris securitatis causa, & quo tutius per mare transferri possent, pilæ ceræ incluserat, eo mortuo, filius, hujus rei ignarus, ceram illã institori, institor Aromatario vendidit, à quo cum inibi inventa esset pecunia, ac quæreretur cujusnam sit, prioris mercatoris filio illam restituendam esse decisum fuit, desumpta decidendi ratione *ex d.l.67.ff.de rei vendicat.& d.l.31.§.1 de acquir.rer.domin.* Consimilis extat decisio, casus haud absimilis, & in terminis terminantibus, ut loquuntur conf. Marpurg. *lib.1.cons.13.per tot.* ubi consimiliter, pro venditore responsum, & pecunia inventa ipsi adjudicata fuit, invẽtore emptoreque remotis, & ad restitutionem condemnatis.

Posito, pecuniam inventam antiquissimis temporibus fuisse depositam, ita ut ejus memoria non extet, nec dominium, qui sciatur, habeat; nihilo tamen minus sibi illam deberi venditor cõtendebat: siquidem (quod est secundum ex parte venditoris allatum argumentum) thesaurum inventum, domino loci, vel in totum vel pro parte, prout ipse vel tertius quis invenit, cedere, juris est notissimi, ut constat *ex l.unic.C.de Thesaur.& §.Thesauros, Institut.de*

rer.

ver. divis. Atqui venditorẽ in casu proposito inventionis tẽpore dominũ domus in qua thesaurus invẽtusfuit, adhuc extitisse, negari nõ posse, siquidẽ pactis, & conventionib. dominia rerũ non transferunt text. est generalis *in l. 20. C. de pact.* & in specie, de venditione, & ꝙ per illam, solam, traditione non subsecuta, dominium in emptorẽ non transferatur, extat text. *in §. 3. circa fin. Instit. de contrah. empt.* ubi Justinian. qui nondum, inquit, res emptori tradidit adhuc ipse dominus est, concordat *l. 40 ff. de action. empt. l. si pater 8. C. eod l si ager 50 ff. de rei vendic. l. servum 27. C. eod. l. qui tibi 3. C. de his qui à non dom. manum. sunt*; nec dari potest textus contrarius, ubi ante traditionem dominium rei venditæ emptori asseratur.

Idque adeò verum perhibetur, ut si nolit rem tradere venditor, præcisè ad id non cogatur, sed sibi illam, præstando interesse, retinere possit; uti post Johannem & Bulgar. antiquios glossatores tenet Socin. *in l. 9. ff. de reb cred. si cert. petat.* Alciat. *ad l. unic. C. de senten. quæ pro eo quod interest proferunt.* Vaud *1. quæstion. 9.* Fachin. *libr. 2 controvers. cap. 30.* Gœdd. *de contrab. stipulat. cap. 9. conclus 4. nu. 65. cum seqq. per l. 1. l. 11. in prin. junct. §. idem ait non tradentem, l. 12 ff. de actionib. empt. l. 4. C. eod. l. 10. quibus mod. pign. vel hypoth. tacit. contrah. l. 6. C. de hared. vel act. vendit. l. 17. Cod. de fide instrument.* Urget *præterea* æquitatis rationem. Naturâ æquum est, ut cujus est damnum & incommodum ejusdem & sit commodum *l. 10. de regul. iur.* Atqui ad venditorem pertinere omne damnum & incommodum, ante traditionem rei venditæ contingens, ita ut si res vendita ante traditionem pereat, emptori precium, si quod solvit, restituendum, aut nondum solutum remittendum sit, uti disputat, & concludit Cujac. *libr 8. ad African. exponens l. 33. locat.* quem sequuntur Vult. *in comment Institut. de empt. & vend. num 71.* Borch. *ad §. 3. eiusdem tituli*; Bocer. *disputation. class 1. disput. 4. th. 79. per text. in l. si fundus 33. locat. l. 4. l. 12. l. 13. l. 14. de pericul. & comm. rei vend.*

Quartò valde iniquum esse asserit emptorem ditari, cum damno venditoris *l 14. de condict indeb. l. 36 de verb. obligation* maximè in contractu bonæ fidei, *l. 4. C. de obligat. & action. l. 6. C. de contrahen.*

O *empt.*

ditore ejusque patrocinio utitur Ludov. Roman. *ad l. si quis cum aliter 36. de verbor. obligat.* allegatus à Fachin. *2 controv. 20.* Atumaxo *decis. 1. num. 11. cum seq.*

Octavò, ultra dimidium justi precii læsus venditor adversus emptorem agere potest, ut res vendita restituatur, vel quod deest justo precio suppleatur, *leg. 2. Cod. de rescind. vendit.* Atqui in casu proposito venditorem longè ultra dimidium justi precii læsum esse, habita ratione thesauri, eoque inter fructus rei venditæ connumerato, pro ut ejus ratio merito sit habenda, quippe cum in dijudicanda læsione, æstimatio secundum tempus contractus, qualis tum fuerit, ineatur, licet occulta fuerit rei qualitas, & minimè patens *leg. 8. in fin. Cod. de rescindend. vendit. l. 3. §. 5. de iur. fisc.*

Quo eodem argumento pro venditore usus fuit Roman. *loco supra allegato.*

Denique cum certa sit juris regula Thesaurum in alieno loco inventum pro dimidia ejus parte domino loci cedere, si casu à tertio sit repertus, nec in persona venditoris, ad traditionem usque dominium retinentis, exceptio doceri possit, Nec etiam textus dari, quo emptoris esse dicatur, utique secundum regulam allegatam venditori, ceu domino, adjudicando esse nummos in litem deductos.

Pro emptore affertur *primò leg. 67. de rei vendicat.* ubi Thesaurus in domo recenter empta inventus (ipsi emptori adjudicatur) nisi possit doceri, pecuniam inventam fuisse perditam, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablatam. Atqui in casu præsenti venditorem probare non posse, quod pecunia inventa fuerit deperdita, vel per errorem à se aut suis neglecta.

Ac licet lex adducta, de eo tantum casu videatur exaudienda, ubi res est tradita, eo quod faber in domum ad ejus refectionem ab emptore inductus dicatur, quia tamen æquè in non traditam induci potuit, nulla est necessitas, ut præcisè de domo tradita casus legis adductæ accipiatur.

Et ut idem de thesauro in domo non tradita invento statuatur, quod de eo qui in domo tradita inventus fuit communiter statuitur, ipsa æquitas & ratio naturalis suadet, cum enim post perfectum contractum emptionis-venditionis omne periculum & incõmodum ad emptorem pertineat, utcunque res nondum sit tradita. *§. cum autem, Instit. de empt. vendit. l. 7 l. 8. de peric. & com. rei vend. l. 1. C. eod.* æquitati naturali conveniens est, ut & commodum thesauri inventi ad ipsum pertineat *l. 10. de reg. iur.*

Tertiò, quicquid post contractam emptionem venditionem (contracta autem censetur, simulatque de precio convenerit *§. cum autem, Instit. de emp. vend.*) rei venditæ accedit, ad emptoris commodum pertinet, inquit, Paulus *in l. 7 ff. de peric. & commod. rei vend.* Pertinebit igitur ad eundem, & thesauri commodum.

Facit *quartò*, quod thesaurus inventus in loco, quem quis jure pignoris tenet, non cedat creditori *l. si is 63. §. quod si creditor ff. de acquir. rer. domin.* Atqui venditor post venditionem est instar creditoris, & rem venditam pignoris potius, quam dominii jure tenet per text. *in l. 13. §. 8. de actionib. empt. l. 31. §. 8. de ædilit. edict. l. 22. de hered. vel action vend. l. 14. §. 1. de furt.* Ergo thesaurus inventus ipsi non cedet.

Contra verò cum emptor quoad commodum, & incommodum, pro domino habeatur, sequitur *quinto* thesaurum inventum ipsi præ venditore meritò cedere.

Haberi autem & reputari emptorem pro domino rei venditæ, utcunque tradita non sit, ex supra dictis patet, & inde satis constat, quod si res empta ante traditionem pereat, emptori pereat, *d. § cum Instit. de empt. vendit. l. 7. l. 8. de peric. & commod. rei vendit. l. 1. l. 5. Cod. eod.* Verò res quævis non alii, quàm domino pereat, adeoque incommodum

modum interitus dominium ejus esse arguat, cujus incommodo res perit *l.9.C de pign.act. §.2.§.3.§.4.Inst.quib.mod.re contrah.obligat.l.5.§.4.l 18.commod.l.1.C.eod.l.5.de reb.cred.l.23.in fin.de regul jur.l.1.§.4.de obligat.& action.l.incendium 11.& ibi Dd.C.si cert.petat.*

Recensuimus argumenta, quibus utraque pars intentionem suam probare conabatur. Videamus quid pronunciari debeat, & cui cedat Thesaurus, in domo divendita, ante traditionem inventus, Consultus respondi nihil sibi juris venditorem in Thesauro invento arrogare posse, sed dividendum pro æquis partibus inter inventorem & emptorem, per text, *in l.unic.C.thesaur.§.Thesaurus, Instit.de rer.divis.* junctis iis quæ pro emptore superius adducta fuerunt. Nec movent rationes, quibus inventor sibi soli pecuniam inventam deberi contendebat; quod enim primo attinet rationem, propter quam domino loci portio thesauri deputata fuit, qui nimirum verisimiliter præsumatur à majoribus ejus provenisse, non est illa sola, & unica juris constituti ratio, sed est & alia, quia nimirum thesaurus quodammodo loci est beneficium, ejusque accessio & adjunctum, ideoque licet ratio prior in casu proposito cesset, non propterea statim ipsum jus constitutum cessabit.

Similiter non firmatur inventoris intentio ex eo, quod Paulus JCtus in *l.31.§.1 ff.de acqu.rer.domin.* thesaurum invētum inventoris esse asserit, siquidem an indistinctè, & quovis casu thesaurus inventus inventori in totum cedat, ibi decidere non constituit, ideoq; secundum distinctionem loci, in quo inventus fuit, exaudiendum, & quod ibi deest ex aliis textibus supplendum.

Ad regulam, quà dicitur, quod quæ nullius sunt occupanti cedant facilis est responsio; vera est, de rebus, quæ omni ex parte sunt nullius, cujusmodi sunt feræ bestiæ *l.3 §.1.de acquiren.rer.dom.§.feræ. Institut.de rer.divis.* lapilli gemmæ & quæ in littore maris inveniuntur *l 1 §.1.de acquir.possess.l.3.de rer.divis.§.item lapilli, Instit.eod.* Atqui thesaurus non est absolute res nullius, ut quæ olim dominum habuit, & etiamnum habet, nisi quod is ignoretur *l.cum hæredes 23.de acquir.possess.*

rum, & illam, sine distinctione, annuam pronunciet. At si legem illam, quâ tantopere nituntur dissentientes, rectè intueamur, non de omni illam injuria, sed de verbali tantum, quam prætor vindicat, loqui deprehendemus. Agitur enim ibi de objecto homicidii crimine, & actione inde intentatâ, quæ utique prætoria est, ideoque annua; Sanè non loquitur ibi prætor, sed princeps, cujus rescripta, pars juris civilis potissima habentur, pro ut contra responsionem datam regerunt autores dicti consilii Altorfini, at inde non sequitur, quod proinde in casu *d.l.5.* de civili injuriarum actione agatur, cum quod prætor edixit, ab Imperatoribus ad propositam ipsis facti speciem accommodetur.

Nec verba *cum injuriarum actio annuo tempore præscripta sit*, continent rationem à genere desumptam, pro ut alii textum illum inducunt, & responsionem datam infringere conātur, siquidem verba illa, non eo, quo illi putant sensu, accipienda sunt, quasi dicant Impp. injuriarium actionem annuo tempore præscribi, ideoq; cum ex crimine, de quo ibi agitur intra annum non sit actum, nullū amplius actioni locum fore; sed hæc est sententia, quod cum post convicium objectum integer annus excesserit, actio, quæ aliàs injuriato competiisset, per lapsum tanti temporis sit præscripta, ideoq; cum effectu repeti non possit, pro ut hanc Imperatorum mentem & argumentationem ipsa legis verba satis apertè demonstrant cum non dicant *actionem injuriarum in hypothesi propositam cessare, quia actiones injuriarum annuo tempore præscribantur & intra annum actum non sit*, sed *cum injuriarum actio annuo tempore præscripta sit*, inquiunt, *ob injuriæ admissum conveniri non potes.*

Atq; ita salvum & immotum manet superioris nostri responsi fundamentum, simul & satisfactum *primò* contrariæ sententiæ argumento, quod desumebatur *ex l. 5. C. de injur.*

Non majoris est importantiæ *secunda* dubitandi ratio; nec enim ullibi generaliter de actione injuriarum asseritur, annuo illam tempore finiri sed ubi hoc dicitur de actione injuriarum prætoria id dici animi advertemus. Contra vero cū certa & generalis sit regula, civiles &

les & quæ ex legibus proficiſcuntur actiones, eſſe perpetuas, tradita *in prin. Inſtit. de perpet. & tempor. action.* nec uſlibi excepta inveniatur injuriarum actio ex lege Cornelia deſcendens, utique ſtandum erit regulæ, nec exceptio non probata admitti debebit.

Nec, ut *tertio* putabatur, deeſt diverſitatis ratio, cur injuriarum actio ex cōvicio verborum orta anno finiatur, ea verò, quæ ex pulſatione oritur, perpetua eſſe debeat; cū enim injuriam verbalem prætor vindicet, & vero ex prætoris edicto omnes actiones prætoriæ pœnales anno, quia prætorum jurisdictio tantum annua fuit, terminentur, *l. in honorariis 35. de oblig. & actionib. princip Inſtit. de perpet. & temporal. action.* utique & illam eſſe annalem conſequens eſt: ut taceam Reales injurias longe eſſe atrociores & intolerabiliores, ideoque mirum videri non debere, longiora tempora illarum perſecutioni indulta fuiſſe.

Unde & patet, ſitne, ut *quartò* opponebatur, eadem utriuſque actionis, prætoriæ & civilis, ratio. Nec quicquam urget, quod odia ſint reſtringenda, non enim eſt interpretum, extra legem ſibi ſumere reſtringendi licentiam: ut taceam quod etſi injuriarum actio, reſpectu injuriantis, & intuitu pœnæ, quæ ipſi petitur infligi, odioſa ſit, actoris tamen intuitu, ut ei ob acceptam injuriam ſatisfiat, & qualem qualem accipiat recompenſam favorabilis exiſtat.

Quod *quinto* ab utilitate Reipublic. & tranquillitate fori deſumebatur argumentum, nihil ad conſtitutionem juris confert, ſi non accedat legislatoris autoritas, per ea quæ ſupra diſcurſu ſecundo fusè diſſeruimus; nec minus etiam intereſt Reipubl. providere, ut delinquentes puniantur, quam ut Privilegio temporis muniantur, & dignis eximantur pœnis *l. ita vulneratus 51. § 2. l. ad l. Aquil. l. 18. in princ. ff. de injur. & famoſ. libell.*

Eadem infirmitate laborat *ſextum* contrariæ opinionis argumentum; læſis ſanè id inculcare licet, ut attenta charitate, quam Chriſtianus Chriſtiano debet ad remittendā potius, quam ad perſequendam injuriam ſint propenſiones, at nolentibus inde imperari

non potest; nec in casu dubio, ubi benignior & humanior sententia præferenda venit, versamur, sed in re certa, certo & indubitato jure definita.

Ad hæc Christianorum mansuetudo & charitas eo usque extendenda non est, ut rei justo eximantur supplicio; nec minus expedit Reipubl. providere, ut delinquentes puniantur, quàm ut humanitatis beneficia in eos conferantur, & privilegio temporis muniantur, argumento accusationum criminalium, quarum pleræque non nisi viginti annorum exceptione excluduntur: *l. querela 12. C. ad l. Cornel. de fals.*

Unde & septimum à favore Rei desumptum argumentum sponte corruit attentis his, quæ ad argumentum proximè præcedens respondimus & quæ circa quartam dubitandi rationem superius notavimus facit; quod favore & beneficio dignus censeri nequeat, qui in alium maleficus, ac injurius esse maluit.

Similiter ne Actoris negligentia Reo absolutionem parit, prout circa *octavā* dubitandi rationem considerabatur. Etsi enim propter negligentiam non agentium præscriptionum jura sint introducta, ut tamen hoc vel illo tempore, ut longiori, vel breviori spacio, hæc vel illa actio præscribatur, ex legislatoris autoritate, ejusq; determinatione dependet.

Quod *nono* de Autoritate communium opinionum afferebatur, solidè refutatur ex his quę suprà decisione prima disputavimus, ubi solidissimè ostendimus communes opiniones interpretum necessariam autoritatem non habere, nec judicem adstrictum esse illas in judicando sequi, ut taceam non deesse, qui contrariam opinionem judicent esse communiorem, uti facit Balb. *in tract. de præscrip. part. 4 partis quartæ principal. qu. 1. §. 4.*

Idem de præjudiciis, pro asserenda annali pręscriptione *ultimo* relatis judicandum; non enim exemplis sed legibus judicari oportet. Et, si præjudiciis pugnandum foret, longe nobilius extat apud Mynsing. *5. observ. 7.* ubi refert ab Adsessoribus Cameræ Imperialis in duabus causis ita judicatum fuisse; Nec quæ contra illud Cameræ

Impe-

Imperialis præjudicium ab Autoribus dicti consilii Altorfini 43. §. *quodsi quis*, disputantur tanti sunt momenti, ut aliâ aliarum curiarum præjudicia, illi præferri debeant, uti cuivis in foro versanti constat, & patebit ex his quæ de Autoritate præjudiciorum Cameralium alibi dicemus.

DECISIO NONA.

Cuinam cedat Thesaurus in domo vendita ante traditionem inventus?

TITIUS domum suam Cajo mille florenis vendiderat, venditore adhuc inhabitante, re nondum tradita, nec precio numerato, à quodam venditoris famulo olla nummis plena in foramine parietis casu inventa fuit: Quæsitum cui cedat pecunia reperta?

Sibi soli pecuniam illam deberi inventor contendebat; Nec quod Thesauri inventi portio ex constituto, Leonis in *l* unica, C. de Thesauris, domino loci deputatur, ad casum præsentem pertinere adeoque nec emptorem nec venditorem eo jure niti posse, Nõ emptorem, siquidem quod Thesaurus pro parte domino loci cedat, eam id fieri ob causam, quia verisimiliter præsumitur à majoribus ejus provenisse; atqui locum Thesauri inventi jam primum emptori venditum fuisse, nec unquam à majoribus ipsius possessum, ut ita cessante juris constituti causa in persona emptoris, ipsum jus constitutum meritò cesset; similiter nec venditorem jure illo gaudere, tum quod dominio loci per vendtionem se abdicarit, nec dominii sed pignoris jure, inventi thesauri tempore domum tenuerit *l. 14. §. 1. de furt. l. 13 § 8 de actionib. empt. l. 22. de hæredit. vel act. vend.* tum quod domus vendita penes venditoris majores successivè non fuerit, sed modo ab his modo ab illis inhabitata.

Ideoque tum emptore tum venditore remotis, sibi soli pecuniam inventam, inventionis jure deberi, per text. *in l. nunquam 31.*

§.1.de acquir.rer.domin. ubi Paulus ejus esse, inquit, qui invenit, quod alterius non sit; Siquidem quod nullius est, naturali ratione occupanti cedit per regulam Caii traditam *in l. 3 ff. de acquir. rer. dom.* declaratam exemplo feræ bestiæ in alieno captæ, & gemmæ in littore maris inventæ: fera bestia licet in alieno solo capta sit, capienti cedit *d.l.3.§.1.de rer.acq.rer.dom § fera Instit.de rer.divis.* similiter lapilli & gemmæ, & cætera, quæ in littore maris inveniuntur, in totum occupanti conceduntur, *l.3 ff.de rer.divis.l.1.§.1.de acquirend.possess.* quod enim nullius est, naturali ratione occupanti cedit *d.l 3 ff. de acquiren. rer.dom. & d.§ fera, Instit.de rer.divis.* Atqui Thesaurum rebus ejusmodi annumerari, ac pro re nullius haberi, testis est Paul. *in l. 31.§.1. de acquir.rer.dom.cui concord l unic.C.de Thesaur.*

Urgebatur & illud ex parte inventoris, quod Thesaurus donum sit fortunæ *l.63.de acquir.rer.dom* & beneficium Dei uti appellat Imper. Leo *in dict. l.unic. Cod. de Thesaur.* ut ita valde sit inhumanum, & invidum, homini invidere, quod Deus ipsi provisum voluit. Ideoque Thesaurum inventum meritò relinquendum illi, cui Deus illum concesserit, ac digito quasi monstrarit, & cujus tempore potius, quam alio illum inveniri voluit.

Ex parte venditoris, negabatur *primò* pecuniam inventam pro Thesauro, pro ut *in l.unic.Cod.de Thesaur.* & quando de acquirendo dominio agitur accipi solet habendam, adeoque jura de inventione Thesauri, & acquirendo ejus dominio constituta huc non pertinere. Etsi enim Thesaurus omnem aliàs quæ in futurum recondita est pecuniam significet, nec minus ea quæ recens abscondita fuit, ita ut dominus ipsius jamdum extet & notus sit, quàm quæ antiquitus cujusque dominus ignoratur, thesauri appellatione veniat ut prætor nominis notationem (dicitur enim quasi θεὶς εἰς αὔριον positus in crastinum) probatur *ex l.item Labeo 22.ff famil.herciscund.l. 44.de acquiren.possess.l.15.ad exhibend.* si tamen de acquirendo rerum dominio, adeoque de acquisitione Thesauri, sit quæstio, requiri adhuc aliud, nempe ut nemo sit qui illum suũ dicat, & ut pro re nullius,

sive, pro derelicto, habeatur; Atqui talem pecuniæ inventæ qualitatem ab Adversariis, vel inventore, vel emptore, doceri non posse, pro ut illis incumbat attestante Sixtino consiliorum Marpurgensium *libr. primo consil. 13. numer. 23.* post Fabr. Socin. & alios ibi allegatos, quippe cum præsumptio sit pro venditore (quod n. in re mea invenitur meum præsumitur) adeoque onus probandi in adversarium transferat, pro ut & aliàs affirmanti probatio incumbit *l. 5. de probat. l. 16. C eod.*

Immò pecuniam litigiosam, non esse Thesaurum, facilè monstrari posse, utcunque aliàs à parte negante probatio non desideretur per jura vulgò nota. Ut enim sit Thesaurus requiri, pecuniam antiquis temporibus fuisse depositam, & ultra hominum memoriam latuisse, nec dominum habere *l. nunquam 31. §. 1. de acquiren. rer. domin.*

Atqui pecuniam litigiosam quod attinet, ejus depositionem hominum memoriam non excedere, cum domus, in qua fuit inventa, ultra sexaginta vel septuaginta annos non steterit, adeoque nec dominum ignorari, cum à majoribus suis domus illa de novo sit extructa, ac proinde ab illis pecunia illuc abscondita præsumatur; quod enim in ædibus fit per inhabitantes factum esse præsutur argumento *l. 11 ff. de pericul. & commod. rei vendit. l. 3. §. 1. de offic. præfect. vigil.* & quæ in ædibus tuis inveniuntur, tua esse judicentur per ea quæ allegat Speculat. *in tit. de furt. n. 14 lib. 4.* Sixtin. *d. consil. 13. n. 26. cum seq.*

Nec officere in præsumptionibus illa esse posita siquidem propter præsumptionem, quis satis probasse censeatur, dum ab adversario non docetur contrarium, per *text. in l. penult. C. qui militar. possess. vel non*, ubi gloss Alciat. de præsumpt. *reg. 3. præsumpt. 21. n. 2.* Sixtin. *d. cons. 13. n. 38. cum seq.*

Nec ad dominii probationem apodicticas requiri demonstrationes, sed posse dominia rerum meris etiam inditiis probari, per textum *in leg. inditia, Cod. de rei vendicat.* & tradita à Menoch. *de arbitr.*

arbit.iud.quæst.lib.2.cas.42. cum in dubio & incertitudine probationum (cujusmodi etiam est dominii probatio *juxt. Menoch. d.loc.n.1.*) per conjecturas liquidissima probatio inducatur *per tex.in l.licet 74. de legat.prim.* & tradita à Sextin.*d.cons.13.n.36.*

Quibus sic stantibus, & in facto positis, clara & aperta pro venditore extaret decisio *in l.67 ff.de rei vendicat.* ubi cum quis à tutore pupilli domum mercatus, ad ejus refectionem fabrum induxisset, isque pecuniam invenisset, & quæreretur, ad quem pertineat? responsum fuit, si non thesauri fuerunt, sed pecunia fortè deperdita vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, ejus illam permanere, cujus antea fuerat. Concordat *l.31.§.1.de acquir.rer.domin.* ubi Paulus si quis, inquit, aliquid, vel lucri causa, vel metus, vel custodiæ, condiderit sub terra, non est thesaurus, cujus etiam furtum fit. Illustre hujus rei exemplum ex Jasone refert Duaren. *ad l.3.§.Neratius, de acquirend.possess.* & in comment.ad titu. Digestorum *de acquir.rer.domin.cap. 4.* mercator quidam quatuor millia ducatorũ, majoris securitatis causa, & quo tutius per mare transferri possent, pilæ ceræ incluserat, eo mortuo, filius, hujus rei ignarus, ceram illã institori, institor Aromatario vendidit, à quo cum inibi inventa esset pecunia, ac quæreretur cujusnam sit, prioris mercatoris filio illam restituendam esse decisum fuit, desumpta decidendi ratione *ex d.l.67.ff.de rei vendicat.& d.l.31.§.1 de acquir.rer.domin.* Consimilis extat decisio, casus haud absimilis, & in terminis terminantibus, ut loquuntur cons. Marpurg. *lib.1.cons.13.per tot.* ubi consimiliter, pro venditore responsum, & pecunia inventa ipsi adjudicata fuit, invẽtore emptoreque remotis, & ad restitutionem condemnatis.

Posito, pecuniam inventam antiquissimis temporibus fuisse depositam, ita ut ejus memoria non extet, nec dominium, qui sciatur, habeat; nihilo tamen minus sibi illam deberi venditor cõtendebat: siquidem (quod est secundum ex parte venditoris allatum argumentum) thesaurum inventum, domino loci, vel in totum vel pro parte, prout ipse vel tertius quis invenit, cedere, juris est notissimi, ut constat *ex l.unic.C.de Thesaur.& §.Thesauros, Institut.de*

rer.

rer. divis. Atqui venditorē in casu proposito inventionis tēpore dominū domus in qua thesaurus invētus fuit, adhuc extitisse, negari nō posse, siquidē pactis, & conventionib. dominia rerū non transferunt text. est generalis *in l. 20. C. de pact.* & in specie, de venditione, & ꝙ per illam, solam, traditione non subsecuta, dominium in emptorē non transferatur, extat text. *in §. 3. circa fin. Instit. de contrah. empt.* ubi Justinian. qui nondum, inquit, res emptori tradidit adhuc ipse dominus est, concordat *l. 40 ff. de action. empt. l. si pater 8. C. eod l si ager 50 ff. de rei vendic. l. servum 27. C. eod. l. qui tibi 3. C. de his qui à non dom. manum. sunt*; nec dari potest textus contrarius, ubi ante traditionem dominium rei venditæ emptori asseratur.

Idque adeò verum perhibetur, ut si nolit rem tradere venditor, præcisè ad id non cogatur, sed sibi illam, præstando interesse, retinere possit; uti post Johannem & Bulgar. antiquios glossatores tenet Socin. *in l. 9. ff. de reb cred. si cert. petat.* Alciat. *ad l. unic. C. de senten. quæ pro eo quod interest proferunt.* Vaud *1. quæstion. 9.* Fachin. *libr. 2. controverſ. cap. 30.* Gœdd. *de contrab. ſtipulat. cap. 9. concluſ. 4. nu. 65. cum seqq. per l. 1. l. 11. in prin. junct. §. idem ait non tradentem, l. 12 ff. de actionib. empt. l. 4. C. eod. l. 10. quibus mod. pign. vel hypoth. tacit. contrah. l. 6. C. de hæred. vel act. vendit. l. 17. Cod. de fide instrument.* Urget *præterea* æquitatis rationem. Naturâ æquum est, ut cujus est damnum & incommodum ejusdem & sit commodum *l. 10. de regul. iur.* Atqui ad venditorem pertinere omne damnum & incommodum, ante traditionem rei venditæ contingens, ita ut si res vendita ante traditionem pereat, emptori precium, si quod solvit, restituendum, aut nondum solutum remittendum sit, uti disputat, & concludit Cujac. *libr 8. ad African. exponens l. 33. locat.* quem sequuntur Vult. *in comment Institut. de empt. & vend. num 71.* Borch. *ad §. 3. eiusdem tituli*, Bocer. *disputation. claſſ. 1. disput. 4. th. 79. per text. in l. si fundus 33. locat. l. 4. l. 12. l. 13. l. 14. de pericul. & comm. rei vend.*

Quartò valde iniquum esse asserit emptorem ditari, cum damno venditoris *l 14. de condict indeb. l. 36 de verb. obligation* maximè in contractu bonæ fidei, *l. 4. C de obligat. & action. l. 6. C. de contrahen.*

O empt.

ditore ejusque patrocinio utitur Ludov. Roman. *ad l. si quis cum aliter 36. de verbor. obligat.* allegatus à Fachin. *2 controv. 20.* Arumæo *decis. 2. num. 11 cum seq.*

Octavò, ultra dimidium justi precii læsus venditor adversus emptorem agere potest, ut res vendita restituatur, vel quod deest justo precio suppleatur, *leg. 2. Cod. de rescind. vendit.* Atqui in casu proposito venditorem longè ultra dimidium justi precii læsum esse, habita ratione thesauri, eoque inter fructus rei venditæ connumerato, pro ut ejus ratio merito sit habenda, quippe cum in dijudicanda læsione, æstimatio secundum tempus contractus, qualis tum fuerit, ineatur, licet occulta fuerit rei qualitas, & minimè patens *leg. 8. in fin. Cod. de rescindend. vendit. l. 3. §. 5. de iur. fisc.*

Quo eodem argumento pro venditore usus fuit Roman. *loco supra allegato.*

Denique cum certa sit juris regula Thesaurum in alieno loco inventum pro dimidia ejus parte domino loci cedere, si casu à tertio sit repertus, nec in persona venditoris, ad traditionem usque dominium retinentis, exceptio doceri possit, Nec etiam textus dari, quo emptoris esse dicatur, utique secundum regulam allegatam venditori, ceu domino, adjudicando esse nummos in litem deductos.

Pro emptore affertur *primò leg. 67. de rei vendicat.* ubi Thesaurus in domo recenter empta inventus (ipsi emptori adjudicatur) nisi possit doceri, pecuniam inventam fuisse perditam, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablatam. Atqui in casu præsenti venditorem probare non posse, quod pecunia inventa fuerit deperdita, vel per errorem à se aut suis neglecta.

modum interitus dominium ejus esse arguat, cujus incommodo res perit *l.9.C. de pign.act. §.2.§.3.§.4.Inst.quib.mod.re contrah.obligat.l.5.§.4.l 18.commod.l.1.C.eod.l.5.de reb.cred.l.23.in fin.de regul jur.l.1.§.4. de obligat.& action.l.incendium 11.& ibi Dd.C.si cert.petat.*

Recensuimus argumenta, quibus utraque pars intentionem suam probare conabatur. Videamus quid pronunciari debeat, & cui cedat Thesaurus, in domo divendita, ante traditionem inventus, Consultus respondi nihil sibi juris venditorem in Thesauro invento arrogare posse, sed dividendum pro æquis partibus inter inventorem & emptorem, per text, *in l.unic.C.thesaur.§.Thesaurus, Instit.de rer.divis.* junctis iis quæ pro emptore superius adducta fuerunt. Nec movent rationes, quibus inventor sibi soli pecuniam inventam deberi contendebat; quod enim primo attinet rationem, propter quam domino loci portio thesauri deputata fuit, qui nimirum verisimiliter præsumatur à majoribus ejus provenisse, non est illa sola, & unica juris constituti ratio, sed est & alia, quia nimirum thesaurus quodammodo loci est beneficium, ejusque accessio & adjunctum, ideoque licet ratio prior in casu proposito cesset, non propterea statim ipsum jus constitutum cessabit.

Similiter non firmatur inventoris intentio ex eo, quod Paulus JCtus in *l.31.§.1 ff.de acqu.rer.domin.* thesaurum invẽtum inventoris esse asserit, siquidem an indistinctè, & quovis casu thesaurus inventus inventori in totum cedat, ibi decidere non constituit, ideoq; secundum distinctionem loci, in quo inventus fuit, exaudiendum, & quod ibi deest ex aliis textibus supplendum.

Ad regulam, quà dicitur, quod quæ nullius sunt occupanti cedant facilis est responsio; vera est, de rebus, quæ omni ex parte sunt nullius, cujusmodi sunt feræ bestiæ *l.3 §.1.de acquiren.rer.dom.§.feræ. Institut.de rer.divis.* lapilli gemmæ & quæ in littore maris inveniuntur *l.1 §.1,de acquir.possess l.3.de rer.divis.§.item lapilli, Instit.eod.* Atqui thesaurus non est absolute res nullius, ut quæ olim dominum habuit, & etiamnum habet, nisi quod is ignoretur *l.cum haredes 23.de acquir.possess.*

Non majoris est importantiæ quod thesaurus Dei sit beneficium & donum fortunæ, *l. unic. C. de Thesaur. l. 63. de acquir. rer. domin.* siquidem exinde fit, ut pars aliqua inventori cedat, at quo minus in totum inventori attribuatur, prohibet ratio pro domino loci militans, quia nimirum verisimiliter præsumitur à majoribus ejus provenisse, & quia quodammodo loci est beneficium, ejusque accessio & adjunctum. Majoris primo intuitu importantiæ videntur esse pro venditoris causa quæ afferuntur.

Negabat *primò* pecuniam inventam pro Thesauro habendam, adeoque jura de inventione Thesauri, & acquirendo ejus dominio constituta, huc non pertinere, sed sibi ceu domino pecuniam inventam restitui debere. Vera sanè est argumenti inducti propositio major, falsa minor. Quod enim *in l. 67. ff. de rei vendicat.* in confirmationem propositionis majoris adducta, Scævola pecuniam repertam venditori adjudicat, ideo fit, quia pro certo præsupponitur pecuniam à pupillorum parente in domo divendita repositam fuisse. Id quod Paulus *in l. 31. de acquir. rer. domin.* priori supposito apertius indicat, dum ait, non esse thesaurum, adeoque furtum fieri pecuniæ, quam quis, vel lucri causa, vel metus vel custodiæ, condiderit sub terram. Similiter quod in casu ex Jasone relato, pecunia per aromatarium emptorem inventa venditori adjudicata fuit, eandem id factum ob causam, quia ex parte ipsius satis probatum fuit, pecuniam inventam à patre suo majoris securitatis causa, & quo tutius per mare transferri posset ceræ inclusam fuisse. Idem constitit in casu ex *consil. 13. libri primi consiliorum Marpurgensium* allato, siquidem ex testium depositionibus constabat, Actoris parentem quando moriturus pauperibus ducentos aureos de pecunia quæstionis legare vellet, coram testibus aperuisse inventum iri hippoperam quadringentorum aureorum in suprema ædium, à filio postmodum divenditarum, parte, ut ita nihil in casibus modo relatis subfuerit dubitationis, cur non restitui debuerit venditori pecunia in rebus emptis inventa.

At in

At in casu, quo de agimus; tale quid non constitit, nec probari potuit. Conabatur sanè venditor probandi onus à se in adversarium devolvere, eo quod affirmanti incumbat probatio, & pro venditore thesaurum esse negante militet juris præsumptio; sed frustra; etsi enim sint qui statuant, onus probandi incumbere illi, qui asserit pecuniam repertam thesaurum esse, quos post Socin. *in l. 3. § Neratius, ff. de acquiren. possess.* allegat. & sequitur Regner. Sixtin. *consiliorum Marpurgensium libr. 1. consilio decimotertio, numer vigesimo tertio,* attamen verior est opinio, Thesaurum esse neganti probationem incumbere.

Nec obstat regula adducta, quod præsumptio sit pro negante, adeoque affirmanti probatio incumbat non neganti *l. 2. l. 22. ff. de probat. l. 23. C. eod. l. 10. C. de non numer. pecun.* siquidem id fallit, quando quis in negativa intentionem suam fundat, & quando negativa ad affirmativam reduci potest, tunc enim contra negativam, in qua quis intentionem suam fundat præsumitur, nisi probetur *l. si filius 8. ff. de probationib. l. cum de indebito 25. eod. l. 15. C. eod. l. 7. § fin. ff. de liber. caus.* Atqui venditor in negativa intentionem suam fundat, & in effectu affirmat potius, quam negat; contendit quippe pecuniam inventam à majoribus suis securitatis causa, quo à furibus & latronibus tutius præservari potuisset, in domo divendita absconditam fuisse, ideoque ipsi incumbet intentionis suæ fundamentum probare.

Probatum autem non censebitur ex eo, quod quæ in ædibus meis inveniuntur, mea esse judicentur, at quod quæ in ædibus fiunt per inhabitantes facta esse præsumantur; siquidem prior illa præsumptio, facit quidem, ut pecunia inventa domino loci pro parte cedat, quia nimirum verisimiliter præsumitur à majoribus ejus provenisse, at non efficit ut totus loci domino concedatur, sed ibi necesse est probare depositionem à majoribus factam fuisse, quod in casu præsenti à venditore fieri non potuit; posteriorem vero præsumptionem quod attinet, verum est quod asseritur, si ab inde inquilinis sine interruptione ædes sint possessæ; at in casu præsenti

domus

domus divendita successivè & continuativè ab eo qui ædificari curavit, ejusque posteris possessa non fuit, sed aliis, quandoque elocata, & à diversis possessoribus possessa, ita præsumtio pro venditore faciens, contraria præsumptione elidatur *arg. l.75. de legat.3.l.2. §. fin. C. de quadrien. præscript. l.6. de his qui sunt sui vel al. jur. l.74. de leg.1.l.24. de probationib. & præsumpt.*

Immo licet à primo ædificatore, ejusq; posteris, ad præsentem usque venditorem domus successivè & sine interruptione possessa, nec etiam divendita fuisset, non tamen propterea inventori pecuniæ inventæ portio abjudicari, & domino ædium tota adjudicari posset, cum à famulis hospitibus, vel aliis etiam peregrinis, pecunia inibi reponi potuerit ut ita, quia incertum est à quo depositio sit facta merito ob ignorationem domini thesaurus quodammodo pro derelicto, & re nullius habeatur adeoque pro parte dimidia possessori, pro altera dimidia inventori attribuatur.

Nec quicquam facit, quod domus, in qua inventa fuit pecunia, ultra sexaginta vel septuaginta annos non steterit, adeoque depositio pecuniæ litigiosæ hominum memoriam non excedat; siquidem verum non est, ut pecunia pro thesauro habeatur, depositionẽ ejus existere debere ultra memorialem, & excedere hominum ætatem, sed sufficit ignorari à quo thesaurus sit depositus, & qui sint deponenti hæredes, ita ut dominum qui sciatur, nullum habeat; quo sensu accipienda est definitio thesauri *ex l.31. §.1. de acquir. rer. domin.* allata; & à venditore in sensum peregrinum & à mente autoris alienum detorta.

Atq; ita manet venditorem in probatione minoris defecisse, nec ab ipso sufficienter probatum fuisse, quod probare debuit, & intendit adeoque decisionem Scævolæ quæ extat *in l.67. de rei vendicat.* ipsius intentioni nihil conducere, nec inde stabiliri potuisse.

Secundum ex parte venditoris allatum argumentum quod attinet, omninò illud pro ipso ejusque causa concludere videtur.

Cum enim certi sit juris, Thesaurum inventum domino loci, vel

vel in totum, vel pro parte, pro ut vel ipse, vel tertius quis invenit, cedere *l.un. C. de Thesaur. §. Thesauros. Institut. de rer. divis.* Et vero post traditionem rei venditæ emptor primùm dominus constituatur, nec à venditore ad emptorem dominium abeat, nisi traditio subsequatur per text. *in §.3. circa finem Instit. de contrahen. empt. l.40. de actionib. empt. l.8. C. eod. l.50. de rei vendicat. l.27. C. eod.* Thesaurus in casu proposito venditori, si non in totum, pro parte tamen, adjudicandus videtur, quippe inventus in domo, cujus ipse venditor inventionis tempore dominus extitit.

At respondendũ jura quibus thesaurus domino loci, vel in totum, vel pro parte attribuitur, de eo accipi debere domino, qui plenè, & omni ex parte dominus existit: atqui venditorem quod attinet, etsi res vendita antequam emptori tradatur, in dominio venditoris maneat, quia tamen emptori eo nomine actio adversus venditorem competit, non plenè ipsius venditoris res vendita existit, sed emptoris potius esse censetur *per text. in l. 143. de verbor. significat. l. is qui 15. de regul. jur. l. rem in bonis 52. ff. de acquirend. domin.* venditor vero instar creditoris habetur, & pignoris potius, quàm dominii jure rẽ venditam tenet *per text. in l.13. § 8. de actionib. empt. l.31 §. 8. ff. de ædilit. edict. l.22. de hered. vel act. vend. l.14. §. 1. de furt.* id quod exinde etiam satis patet, quod simulac emptio venditio contracta fuit, omne statim periculum & incommodum ad emptorem pertineat, utcunq; res nondum sit tradita, ut ita quoad commodum & incommodum merito pro domino habeatur; alioquin enim si nulla ex parte pro domino emptor reputaretur, res empta si ante traditionem periret, ipsi perire non posset, pro ut perit juxt. *§ cum a. Instit. de contrah. empt. l.7. l.8. de peric. & commod. rei vend. l.1. l.5. C. eo.* quod res quævis suo pereat domino non alii *§.2. §.3. §.4. Instit. quib. mod. re contrah. obligat. l.9. C. de pignor. act. l.5. § 4. l.18. commod. l.1. C. eod. l.5. de reb. credit. l.23. in fin. de regul. jur. l.1. §.4. de obligationib. & actionib. l. incendium 11. & ibi Dd. C. si cert. petat.* pro ut plenius secunda, quarta, & quinta ratione pro emptore superius allata deductum fuit.

Nec verum est, quod venditor præcisè non teneatur rem tra-

dere, sed in ipsius arbitrio & beneplacito consistat, vel tradere rē vēditam, vel id quod interest persolvere, prout, pro amplificanda & confirmanda propositione minore argumenti allati addebatur. Etsi enim non desint, qui ita statuunt, attamen verior & communior est contraria opinio, venditorem præcisè ad traditionem rei venditæ obligatum esse, per textum apertum *in l. 11. §. 2. de actionib. empt. l. si quis 40 eod.* ut qua de re plenius, agamus, non est hujus loci, nec urget necessitas; siquidem dubium & incertum, per æquè incertum & dubium probari non potest, sed necesse est, ut quod probationis loco affertur certum & indubitatum existat. Immò, licet detur, quod venditor præcisè non teneatur ab traditionem rei venditæ, inde tamen nihil, quod ad retentionem thesauri faciat, inferri posset, sed teneretur nihilominus venditor, ut aliud interesse, ita & commodum thesauri emptori præstare.

Æquè incerta & dubia est probatio ex parte venditoris *tertiò* loco allata; Cujus est damnum & incommodum, inquit venditor, ejusdem etiam erit commodum & emolumentum rei venditæ accedens. Atqui ad venditorem pertinere omnē damnum & incommodum ante traditionem rei venditæ contigens. Ergo ad eundem etiam commodum, puta thesauri inventi pertinere. Negamus assumptum, adeoque per inversionem respondemus; Ad quem spectat incommodum ad eundem etiam spectare debet commodum. Atqui post perfectum contractum emptionis venditionis omne periculum & incommodum ad emptorem pertinet, ita ut precium solutum repetere non possit, ac necdum solutum venditori solvere teneatur, per textum apertum *in §. cum autem, Institut. de emption. vendition.* ubi Justinian. cum, inquit, emptio venditio contracta est (quod fit simulatque de precio convenit) periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit; itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte, incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus,

vel

vel aliqua ex parte, ablatus sit, emptoris damnum est, cui necesse est licet rem non fuerit noctus precium solvere. Concordat *l. 7. l. 8. de pericul. & commod rei vend l 1. Cod. eod.* Nec audiendus est *Cujac.* dum distinguit inter precium, & id quod supra precium interest, ita ut si ante traditionem res perierit ipsi quidem emptori pereat quoad interesse ne id quod interest supra precium rei consequatur, pereat vero venditori quoad precii restitutionem, & amissionem nondum soluti, ne scilicet emptor teneatur venditori precium nondum solutum solvere, sed possit id retinere, & quod solvit repetere. At contradicit ipsi in faciem Justin. *d. §. cum autem*, ubi necesse est, inquit, emptori licet rem nō fuerit nactus precium solvere, agens de casu, ubi res vendita ante traditionē periit, ita ut tradi non possit. Nec illud Justiniani pronunciatum eo, ut tentat Cujac. elidi potest, quasi summo & stricto jure ita obtineat, æquitate aliud suadente, pro ut alias etiam in institutionibus, nudæ juris regulæ proponantur, ex summo jure petitæ; siquidem mera est illa elusio, autoritatem juri Justinianeo in Institutionibus quod habetur, detrahens, & infringens, contra quàm ab Imperatore *in §. pen.* procemii Institutionum sancitum fuit.

Immò idem quoque jure Digestorum constitutum esse aperte patet ex *l 5. §. 2. de rescind. vend.* ubi dicitur mortuo homine vendito perinde habendam esse venditionem, ac si traditus fuisset, venditorem namque liberari, & emptori hominē perire, ut taceamus textus alios quos ex libris Digestorum affert, & contra Cujacium inducit Anton. Faber. *lib. 2. conjectur. cap. c. 4.*

Ad *primum* Cujacii fundamentum, desumptum *ex l. 33. Locat.* Respōdendum, proponi illic exceptionem regulę traditæ *in §. cum autem, Instit. de contrah empt.* pro ut rectè annotavit Accurs. ibidem & arguit responsum ejusdem Afrincani quod extat *in leg. 39. ff. de solutionibus.* nec obscurè colligitur *ex. l Lucius 11. de evictionibus.* id quod plenius persequitur, & explicat Antonius Faber *dict. cap 4. libri 2. conjecturar.* ubi scribit, regulam traditam *in §. cum autem, Institut. de contrahend. empt.* veram esse, si res vendita omnino in rerum

 natura

natura esse desiit, prout omnia ibi relata exēpla, ita se habent, at si per rerum naturam res vendita adhuc præstari potest, puta si fundus sit publicatus, servus furto subtractus, venditorem non liberari, nisi actiones suas præstet; quod si nullas habeat, puta quod res, quam vendidit, aliena fuerit, aut fundus venditus publicatus, tunc tenetur ad restitutionem precii, quod non præstet eam rem, quam per rerum naturam præstare potest, si forte, aut rem alienam emere, aut fundi publicati precium iis, quibus assignatus est, præstare velit, *leg. quod sæpè 35. §. si res vendita, de contrah. empt.*

Alii aliis specialitatis rationes inquirunt, ut videre est apud Pac. *§. antinom. 8.* Dominic. Arum. *de contrah. empt. thes 6.* Idem respondēdum, ad reliquas pro Cujacio allegatas leges; contineri nimirum illis exceptiones à regula, proposita *in d. §. cum autem, Instit. de contrahen. empt.* Siquidem quod *in l. 4. de pericul. & commod. rei vendit.* acoris & mucoris periculum, ad venditorem vini pertinet, de rebus quæ degustari solent specialiter obtinet, ut usque ad degustationis diem periculum sustineat venditor *d. l. 4. §. 1. vers. ex hoc apparet. l. 1. in princip. eod l. 34. §. 5. de contrah empt.* Sic quod *in l. 12. de pericul. & commod. rei vend.* lectorum concisorum periculum ad venditorem pertinet, ideo fit, quia in mora tradendi fuit, *l. 4 l. 6. Cod. de peric. & commod. rei vend. l. 51. in princ. de actionib. empt.* & quia venditoris culpa periculum præcessit, dum in publicum illos posuerat sicque usum publicum impedierat, *§. cum autem, versic. quicquid enim, Instit. de contrah. empt. l. venditor 36. de actionib. empt. l. si vina 15. in fin. de pericul. & commod. rei vend. l eum qui 14. in princ. de furt.*

Similiter quod *in l. 14. §. 1. de pericul. & commod. rei vend.* periculum ante traditionem rei venditæ contingens venditoris esse dicitur, propter culpam & negligentiam venditoris fit, dum à furibus non custodivit; Accedit quod in casu *d. l. 14.* debeatur genus, at quādò generaliter aliquid venditur, & genus est in obligatione, tunc ante traditionem periculum est venditoris, quia genus perire non potest *l. incendium 11 C. si cert. pet. l. 1. §. 4. de obligat. & actionib §. 2. versic & is quidem, Institut. quib. mod. re contrah. obligat.* Atque ita manet non ad vendi-

venditorem, sed ad emptorem pertinere omne damnum & incommodum ante traditionem rei venditæ contingens, ideoque ad eundem etiam, commodum & in specie inventi thesauri emolumentum, pertinere.

Unde & patet solutio ad *quartum* pro venditore allatum argumentum: Cum enim non ad venditorem, sed ad emptorem periculum rei veditæ, ante traditionem contingens, pertineat, nec thesaurus unquam in possessione vel dominio venditoris fuerit *l.3.§ 3. de acquir.poss.* junct *l.1.§.1.eodem.* utiq; dici nequit, emptorem ditari cum damno venditoris, ipsi si adjudicetur thesaurus in re vendita ante traditionem inventus.

Ex *quinta* pro venditore allata ratione, hoc quidem efficitur, quod quia thesaurus quodammodo loci est, beneficium & loco asservatur, non totus inventori cedat sed dimidia ipsius pars domino loci attribuatur; at quia proprie non est pars & fructus loci *l.3.§.3.de acquir poss.* nec eandem accessionis rationem habeat, quam habent exempla in contrarium adducta, utique totus domino loci assignari non potuit; deinde cum non plenè ipsius venditoris ante traditionem res vendita existat, sed emptoris potius esse censeatur, per ea quæ circa secundam dubitandi rationem adduximus, dimidia inventi thesauri pars non venditori sed emptori cedat necesse est.

Quod *sextò* afferebatur non censeri simul esse vendita venditionis tempore, quæ ignorabantur, verum est de his, quæ ad rem venditam se habent ut pars, accessio, & adjunctum, & quæ aliàs cum re vendita venire solent, si nominatim non excipiantur, *d.l.77.* ad thesaurum vero trahi nequit, cum separatam à domo divendita rationem habeat *d l.3.§.3 de acquir posseß* aut si eò accommodari velit, verificabitur in ejusmodi thesauro & pecunia, quæ fortè fuit deperdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat non ablata, qui est casus legis *67.ff.de rei vendic.*

Quod *septimò* à contractu locationis conductionis, ad contractum emptionis venditionis inferri voluit, inani conatu teneatur;

dubium quippe, & incertumm adhuc est, Num pensio propter ubertatem fructuum augeatur; negat id post alios Arrius Pinellus *ad l.2.C.de rescind.vendit part.1.cap.3.num.34.cum seq per text.in l si merces 25.§.vis maior, Locat.* ut ita dubium, & incertum per æquè incertum & dubium probari nequeat. Deinde etsi, in conductore ita constitutum esset, ut propter ubertatem fructuum pensio augeatur, inde tamen non rectè inferretur, id quod venditor inferre voluit. Cum enim propter nimiam sterilitatem conductori pensio remittenda veniat, *per textum in l.25, § 6. Locat.* & tradita à Pantsmanno *de Locat.conduct.quæst.2.* utique non iniquum esset, pensionem augeri ex nimia ubertate frctuum argumento *l.10 de regul iur.* At dispar est ratio in contractum totum emptionis venditionis; siquidem nullum emptor levamentum sentit, nec precium ipsi vel totum vel pro parte remittitur, si res vendita pereat, sed omne damnum & incommodum, ad ipsum spectat, teneturque precium, non attento rei interitu, venditori persolvere *§ cum autem, Institut. de empt.vend. l.7.l.8 de pericul & commod rei vend.*

Octavum, ex parte venditoris allatum argumentum quod attinet, disputatur, & controvertitur interpretes, An venditor *ex leg. 2. Cod. de rescind. vendit.* agere possit thesauro in re divendita invento. Affirmat Roman. *ad leg. si quis 36. de verbor. obligat.* dicens se ita ex facto respondisse. Negat Aretinus *addict.leg. si quis, numer.8.* Cagnol. *ad leg. 2. Cod. de rescind. vendit. nu. 171.* quos allegat & sequitur Fachin. *lib. 2. controvers. cap. 20.* Arum. *decis. forens. lib. 1. decis. 1. num. 21. cum sequ.* Cum enim venditor in sua potestate, possessione & dominio thesaurum non habuerit *l 3. § 3. de acquir. possess.* utique læsus in precio dici non potest; deinde ut *l. 2. Cod. de rescind. vendit.* locum habeat, circa ipsam rem divenditam læsio facta sit necesse est; atqui thesaurus pro parte domus divenditæ reputari nequit; denique emptor non ex venditione, sed ratione inventionis & sic ex titulo diverso thesaurum habet, ideoque rei venditæ æstimatio, inde augeri non potest, uti post Barbosam Lusitan. *in l.*

in l. §. si fundum, *Digest. solut. matrimon.* annotavit Arum. *dict. loc. numer.* 12.

Ultimum venditoris argumentum refutationem habet ex ultimo pro emptore, ejusque causa, adducto fundamento, & ex his quæ responsa fuerunt, ad secundum pro venditore allatum argumentum, quò me remissum volo.

Atque ita manet thesaurum ante traditionem in domo divēdita inventum, inter emptorem & inventorem, pro æquis partibus dividendum esse, nec quicquam juris venditorem in eo sibi asserere posse.

DECISIO DECIMA.

Cui cedat thesaurus repertus in loco, in quo alteri usufructus constitutus fuit?

PLERISQVE in locis consuetudine receptum videmus, ut ad liberos prioris matrimonii, morte unius ex conjugibus soluti, bona immobilia, proprietatis jure devolvantur, nō tantum, quæ à defuncto provenerunt, vel stante matrimonio, communi conjugū industria fuerunt quæsita sed & quæ à superstite ejusque linea obvenerunt, solo usufructu superstiti reservato; prout & bonorum illorum intuitu, liberis prioris matrimonii curatores dari solent, quam primum superstes ad secunda vota transierit; cujusmodi consuetudo, per totam Hassiam in quotidiana est observantia. Moritur uxor, viduus ad secunda vota transit; ad refectionem ędiū, quas stante priore matrimonio à suis parentib successionis jure acquisierat, fabrum induxit; invenitur thesaurus; quæsitum cui cedat?

Dimidiam thesauri inventi partem quod attinet, res erat plana, deberi nimirum illam fabro à quo inter reficiendum thesaurus casu inventus fuit *per tex. in §. thesauros, Inst. de rer. divis. l. unica, Cod. de Thesaur. l. si is qui &c. ff. de acq. rer. dom.* De altera dimidia dubitabatur, cuinā illa cedat? Nū liberis prioris matrimonii, an vero patri ipsorū?

Patri

Patri adjudicanda videbatur; *primò*, quia vigore consuetudinis, eodem in loco ubi casus contigit, receptæ, ad superstitem bona mobilia proprietatis jure pertinent; ideoque ad eundem etiam pecuniam inventam pertinere, quippe quæ de genere mobilium existat; & de loco in locum transportari possit, quæ est natura & definitio rerum mobilium *l.15. §.1 de rejudic. l.1. de adilit. edict. l.2. de suppel. l. moventium 93. de verb. significat.* Et sanè si inventa fuisset stante adhuc priore conjugio, sine omni dubio superstiti cessisset, quippe bonorum mobilium heredi; Ergo & eidem cedat necesse est, soluto matrimonio inventa, cum nulla possit dari diversitatis ratio, & pecunia inventa semper fuerit manseritque res mobilis, nec natura ejus morte conjugis alterata fuerit, aut etiam alterari potuerit.

Præterea non minus jure ususfructus jure pecuniam inventam sibi deberi pater contendebat; quippe cum ususfructus pars sit dominii & eosdē effectus habeat *leg.4. ff. de usufr. l.33. §.1. eod. l qui usumfr. 58. de verb. obligat. l. cum filius 76. §.2. de legat. 2.* ut ita cum thesaurus inventus loci domino cedat, vel in totum, vel pro parte, pro ut vel ipse vel tertius quis, invenit *l. unic. C. de Thesaur. §. Thesauros, Instit. de rer. divis.* merito etiam ipsi usufructuario attribui debeat, Accedit, quod fruendi verbo omnia veniant cōmmoda & emolumenta quæcunq; ex re, aliena, vel ejus occasione percipiuntur, non modo naturalia *l.9. in prin l.59. §.1. & 2. de usufruct.* sed etiam civilia *l.7. eod.* unde & aucupiorum, venationum & piscationum reditus ad fructuarium pertinet, *l.26. de usur. l.19. §. aucupiorum, de usufr. l.62. eod.* cum tamen feræ bestiæ non ita cohæreant solo in usumfructum cōcesso, ubi thesaurus à terra, ceu adjunctum à suo subjecto, continetur.

Nec minus lucra etiam fortuita ad fructus referri, & ad utile dominium pertinere, inter alios tradit Wesenbec. *in notis ad §. thesauros, Instit. de rer. divis.* allegans ad id *l 7. §. si vir, solut. matrimon.* ubi marmor cedit marito, fundi dotalis usufructuario; *& l 9. §. sed si lapidicinas, de usufr.* ubi creta, arena & alia in fundo reperta usufructuario cedunt, maxime vero in præsenti usufructu ita statui debere, quippe

quippe cum usufr. lege vel statuto constitutus multa habeat singularia, puta, quod sit immunis à satisdatione fructuaria, & à reddendis, finito usu, rationibus *l.cum oportet 6. §.non autem, l.ult §.4. circa fin.C.de bon.quæ liber.*

Tertio. Valdè absurdum & inquum esse, duobus quem oneribus onerari & gravari; id quod fieret si & proprietas auferretur patri, & insuper etiam lucrum thesauri, in domo paterna, inventi eidem adimeretur.

Iniquitatem auget, *quartò*, quod domus in quâ repertus fuit Thesaurus, non à prædefuncta liberorum matre, ortum habeat, nec etiam communi conjugum operâ fuerit acquisita, sed superstiti patri successionis jure obyenerit, & à parentibus ad ipsum pervenerit.

Facit *quartò*, quod domus in quâ thesaurus inventus fuit successivè & continuativè apud parentes majoresque patris superstitis fuerit, ideoque ab illis pecunia illuc abscondita, & ad illos jure dominii pertinuisse credatur, cum quod in ædibus fit per inhabitantes factum esse præsumatur arg. *l.11.de peric.& commod.rei vend. l.3. §.1.de offic præf.vigil.* Cui consequens foret, ad patrem superstitem nummos inventos ad instar aliorum bonorum mobilium pertinere; Nec obesse, certò monstrari non posse pecuniam à majoribus inibi absconditam fuisse & ad illos jure dominii pertinuisse; siquidem ad dominii probationem non requirantur apodicticæ demonstrationes, sed possint dominia rerum meris etiam inditiis probari, per text. *in l.inditia, C.de rei vendic.* & tradita à Menoch. *de arbitrar. judic. quæst.lib.2.cas.42.*

Accedit *sextò*, quòd jus novum, strictè accipi, nec facilè ad consequentiam trahi debeat *arg.l quamvis,C.de testamen.& l præcipimus,§ fin.C.de appellation* prout in specie de statutis & consuetudinibus communiter asseritur, quod stricti sint juris, neque extra terminos suos extendi debeant, maximè si sint juris correctoria, tunc enim per interpretationem coarctanda sunt, & ita exaudienda, ut quàm minimum à jure communi per ea recedatur *d. l præcipimus, C. de appellationib.l.64.§ 9.solut.matrim.l.14.cum leg sequ ff. de legib.* Mynsing.

Q

sing 1. obser. 5. Geil. 2 *observat. 33 per tot l. gl.* Jas. & Dd. commun. *ad l. de quib. 32. de legib.* Unde cum consuetudo, qua de agimus, à jure communi planè recedat, auferens proprietatem bonorum patri, contra quàm jure tum civili, tum naturali provisum fuit, utique intra suos terminos constringenda, nec ad thesauri acquisitionem extendenda, prout regulariter exorbitantia, & quibus à jure communi receditur, strictè accipi solent, nec ulterius jus mutatum censetur quam quatenus id expressè cautum est, per *trad. à Dd. commun. ad authent. quas actiones, C. de sacrosanct. Eccles.* ne aliàs unum jus exorbitans duo operaretur singularia, contra vulgatam practicorum theoricam.

Septimò pro patre, ejusque intentione allegabatur, quod thesaurus in re feudali, vel prædio emphyteutico, inventus non ipsi proprietario, sed vasallo & emphyteutæ, utile dominium habentibus, cedat, uti post gloss. & Dd. communiter, tradit Schneidw. *ad §. thesauros n. 6 & 7 Instit. de rer. divis.* Corras. *ad l. 1. n. 17. C. de jur. emphyt.* Wesenb. *de feud cap. 12 numer. 4. cum duob seqq.* Rittershus. *2. feudor 2. quæst. 2.* Rosenth. *de feud. cap. 5. conclus. 93.* Niell. *de feud. disputat. ult. thes. 6.*

Denique pro causa patris facere videtur quod thesaurus in domo divendita inventus, utcunque ante traditionem inventus sit, ipsi emptori cedat, eo quod emptor, quoad commoditates ex re vendita vel occasione illius provenientes, pro domino habeatur per ea, quæ quæstione proximè præcedenti adducta fuerunt; & verò non minus ad fructuarium quam ad emptorem ad omnia commoda & emolumenta pertineant, *l. 7. leg. 9. leg. 59. §. 1. & 2 ff. de usufruct.*

At his non attentis, pro liberis, contra parentem in casu proposito respondi. Siquidem juris est indubitati, thesaurum in re aliena inventum, pro parte dimidia loci domino cedere, *l. unic. C de thesaur. §. thesauro, Institu. de rer divis. l. si is qui 63. de acquir. rer. domin.* Atqui domum in qua thesaurus inventus fuit ad liberos proprietate pertinere, constat, quippe cum ab antiquis temporibus introdu-

ctum

ctum & consuetudine longæva receptum sit, ut ad liberos prioris matrimonii, morte unius ex conjugibus soluti, bona immobilia proprietatis jure devolvantur, solo usufructu superstiti reservato. Nec etiam usufructus jure thesaurus inventus patri debebitur; siquidem thesaurus fructus fundi, nec naturalis, nec civilis, censeri potest *per text. apertum in l 7. §. si fundum ff. solut. matrim. quemad. dos petat.* Facit in simili, quod thesaurus, in fundo dotali inventus non cedat marito, sed uxori restitui debeat, per text *in d.l.7. § si fundum. dum solut. matrim.* ubi Ulpian. Si thesaurus, inquit, in fundo dotali à marito fuerit inventus in fructum non computabitur, sed pars ejus dimidia restituetur, quasi in alieno inventi. Idem in aliis etiam usufructuariis obtinere, nec usufructuario, sed domino proprietatis, thesaurum cedere, ex ratione modo adducta cōcludit & infert Molin. *in consuetud. Paris part. 1. §. 1 gloss. 1. nu 43* quem allegat & sequitur Moller. *lib. 4. Semestr. cap. 27* consentit Schneid. *ad §. Thesauros, Instit. de rer. divis.* Wesenb. *ibid in notis ad verb. alieno loco*, ubi pro alieno loco, & illum reputat, in quo quis usumfr. habet.

Nec obstant rationes, pro parente superius adductæ. Etsi enim *primò* vigore consuetudinis eodem in loco, ubi casus contigit, receptæ ad superstitem bona mobilia proprietatis jure pertinent, illi tamen consequens non est, pecuniam post mortem uxoris inventam ad eundem etiam pertinere; siquidem quod mobilia bona superstiti cedunt, id de ejusmodi rebus exaudiri debet, quæ stante matrimonio possessæ fuerunt, id quod obtinet in thesauro, qui, stante adhuc priori conjugio, inventus fuit, non vero quem post mortem uxoris, sors obtulit, licet enim domus in qua inventus fuit, à conjugibus communiter fuerit possessa thesaurus tamen possessus nō fuit *l. 3. §. 3. de acqu possess.* nec etiam in dominio conjugū extitit *arg l. 1. §. 1. eo* quæ est diversitatis ratio cur pecunia, stante adhuc priori conjugio, invēta superstiti cedat, nō verò quæ morte uxoris, matrimonio soluto, primum inventa fuit, utcunq; pecunia inventa superfuerit mālseritq; res mobilis, nec natura ejus morte cōjugis alterata fuerit,

 aut etiam

etiam alterari potuerit; cum non sufficiat, rem sui natura esse mobilem, sed illud insuper desideretur, ut in dominio & bonis conjugum fuerit, id quod de pecunia inventa dici nequit, ideoque non parenti sed liberis, quippe bonorum immobilium proprietariis cedet, prout aliàs etiam thesaurus inventus proprietatem sequitur *d. l.un. C de thesaur. § thesauros, Instit. de rer. divis.*

Secundum pro patre allatum argumentum, resolutionem habet ex secunda ratione decidendi, pro liberis adducta, ubi ostensum, quod thesaurus, nec naturalis nec civilis fundi fructus censeri queat, *per textum in l fructus 7. § si fundum, solut. matrim.* ubi Ulpian. thesaurum in fundo dotali inventum negat marito inventori cedere, quia ad maritum fructus tantum ex fundo dotali percepti pertineant, thesaurus autem in fructum computari & pro fructu haberi nequeat.

Nec obstat, quod parenti omnium bonorum immobilium ususfructus competat, & vero fruendi verbo omnia veniant commoda, quæcunque ex re, in qua quis usumfructum habet, proveniunt, vel ejus occasione percipiuntur *l. 7. l. 9. l. 59. de usufr.* prout enim thesaurus, nec ex re ipsa, enascitur, ita nec occasione ejus provenit, sed à primo deponente securitatis causa illuc absconditus fuit; asservatus sanè & inventus fuit in fundo, at ut ibi esse cœperit, fundus nihil fecit, sed sola deponentis voluntas in causa fuit, ut ita thesaurus nullam habeat similitudinem, cum exemplis relatis *ex l. 7. §. 1. l. 9. l. 19. § aucupiorum, l. 59. §. 1. & 2. l. 62. de usufr.* Æquè non obstat, quod lucra etiam fortuita ad fructus referri, & ad utile dominium pertinere dicebantur, indeque inferri voluit, eodem jure thesaurũ etiam usufructuario cedere; siquidem, quod attinet *l. 7. §. 13. sol. matrim.* pro confirmatione majoris allatam contrarium potius ex lege adducta evincitur, quippe cum *in § proxime præcedenti 12.* thesaurus in fructu esse, negetur, ac proinde uxori restitui jubeatur. Immò nec marmor, de quo *in §. 13.* differitur in fructu est, nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur, prout se ipsum exponit Ulpianus ibidem, idem habendum & judicandum de exemplis, adductis *ex leg. 9. §.*

sed

sed si lapidicinas, de usufr. siquidem, si sit lapis renascens in fructu est *d. l. 7. §. 13. in fin solut. matrim.* id quod de thesauro dici nequit. Manet igitur, nec jure usus fructus, parentem pecuniam inventam sibi asserere posse. Ac licet ususfructus lege vel statuto constitutus multa habeat singularia, *l. 6. §. non autem, l. ult. §. 4. C. de bon. liber.* illi tamen consequens non est, quod proinde thesaurus etiam cedat parenti, cui ex statuto & consuetudine loci ususfr. competit; & comprobari aliàs sub generali natura & jure ususfructus manebunt, & inde decisionem habebunt.

Tertium pro parente usufructuario adductum argumentum quod attinet, sanè non negamus duram esse consuetudinem, quâ superstiti proprietas bonorum & quidem illorum etiam, quæ ab illo ejusque linea, obvenerunt, aufertur, & liberis assignatur, solo usufructu ipsi reservato; at licet dura sit, quia tamen ita recepta est, utique etiam ferenda sunt & alia inde dependentia, nec circa lucrum thesauri in domo paterna inventi aliud statui, & parenti usufructuario assignari poterit.

Unde & sponte corruit, quod *quartò* afferebat, domum in qua repertus fuit thesaurus non à prædefuncta liberorum matre ortum habuisse, nec etiam communi conjugum operâ fuisse acquisitam, sed superstiti parenti ex successione paterna obvenisse; siquidem cum consuetudo illa se extendat etiam ad bona, superstitis propria, utique illi standum erit, donec alio contrario statuto tollatur & emendetur.

Non exiguæ importantiæ esset *quintum* pro parente allatum argumentum, si doceri posset à majoribus ipsius pecuniam custodiæ & securitatis eam illuc repositam & absconditam fuisse, pro ut probatio incumberet parenti thesaurum esse neganti; quippe cum in negativa intentionem suam fundet, & in effectu affirmet potius, quam neget, contendendo pecuniam inventam à majoribus suis suis securitatis causa, quò à furibus & latronibus tutius præservari potuisset, absconditam fuisse, quo casu, quando nimirum quis in negativa intentionem suam fundat, & quando negativa ad affirma-

tivam reduci poteſt, neganti probatio incumbit *l. 8. l. 25 ff. de probationibus, & præſumpt. l. 15. C. eod. l. 7. §. fin. ff. de liber. cauſ.* Atqui probatum non cenſebitur, ex eo, quod domus, in qua theſaurus inventus fuit, ſucceſſive & continuativè apud parentes majoreſq; patris ſuperſtitis fuerit, quippe cum à famulis, hoſpitibus, vel aliis etiam peregrinis, pecunia inibi reponi potuerit, ut ita non probat hoc eſſe quod ab eo contigit abeſſe *leg. neque natales 10.* ubi gloſſ. & Dd. *commun. Cod. de probationibus. l. non hoc 4. Cod. unde legitim. & unde cognat.*

Quod *ſextò* addebatur, jus novum ſtrictè accipiendum, nec ad conſequentiam trahendum, ideoque cum conſuetudo, qua de agitur, à jure communi planè recedat, auferens proprietatem bonorum patri, jure tum civili tum naturali ipſi debitam, intra ſuos terminos illam conſtringi, nec ad theſauri acquiſitionem extendi debere, id inquam ex eo facilè diſſolvitur, quod ſtatuta cujuſque loci attendenda, & ſecundum literam obſervanda ſint, etiamſi juri communi conſentanea non ſint, ſed ab eo, per talia ſtatuta recedatur, Jaſon *in l. cunctos, C. de ſumm. trinit.* & Dd. communiter *in l. omnes populi ff. de juſt. & jur.* quæ interpretandi ratio circa conſuetudines etiam obtinet, quippe quod ſtatuta & conſuetudines æquiparentur parique paſſu ambulant, Weſenbec. *conſil. 1. numer. 56. & conſil. numer. 53. numer. 59.* Mynſing. *reſponſ. 49. numer. 26.* ſiquidem conſuetudo nihil eſt aliud, quam lex, ſive ſtatutum tacitum, *§. ex non ſcripto, Inſtitut. de jur. natural. gent. & civil l. de quib. ff. de ll. Vult. 2. conſ. Marpurgenſ. 29. n. 38.*

Quapropter, cum in caſu propoſito de conſuetudine loci liberis proprietas bonorum immobilium, debeatur, utique non licebit jura proprietati annexa, cujuſmodi etiam eſt theſauri acquiſitio, inde eximere, & uſufructuario adſcribere.

Quod *ſeptimò* afferebatur, Theſaurum in re feudali, vel prædio emphyteutico, inventum non ipſi proprietario, ſed vaſallo, & emphyteutæ, utile dominium habentibus, cedere, inter diſſidentes

tes

tes hæret opiniones, quippe non desunt, qui ipsi proprietario thesaurum assignant, quos sequitur Bocer. *class. 4. disput. 3. thes. 48. per text. in l. fructus 7. § si fundum, solut. matrimon.* & quod nec emphyteuta fundi emphyteutori, nec vasallus prædii feudalis dominus existat per text. *in l. 1. § ult si ag. vectig. petat. & 2. feudor. 23. §. ultim.* ut ita dubium, & incertum, per æquè incertum & dubium probari nequeat.

Ultimum pro causa patris allatum argumentum quod attinet, nihil concludit, à separatis desumitur, adeoque *l. 20. ff. de minoribus.* longè siquidem alia est ratio thesauri in domo divendita ante traditionem inventi, quàm thesauri in fundo, in quo alteri ususfruct. constitutus fuit, reperti, uti luculenter constabit ex his, quæ quæstione proximè præcedenti disputata fuerint.

DECISIO UNDECIMA.

Num pecunia in emptionem rei immobilis à defuncto patrefam. destinata pro immobili sit habenda, adeoque immobilium bonorum hæredi cedat?

DE successione conjugum si quæratur, ante omnia pactis dotalibus ea de re quid sit cautum, inquiri debebit; cum enim jure nostro civili parcius de hoc successionum genere tractatum & constitutum sit, pactis dotalibus, ut plurimum id suppleri, deque mutua desponsatorum successione sponsionis tempore tractari caverique solet; nec pactis hujusmodi contraveniri posse sed omnimodo illa servanda esse docent Cameræ Imperialis præjudicia, de quibus referunt & testantur Mynsinger. *2. observat. 33. Geilius observat. 124. numer. 1. & observat 126. numer. 5. libro secundo, observat practic.* ut ita & hic provisio hominis potior sit provisione legis *leg fin. Cod. de pactis.* Pactis deficientibus, ad consuetudines,

statu-

ſtatutaque locorum, ubi caſus mortalitatis contigit, tranſeundum, & quid conſuetudine longæva introductum vel ſtatuto loci cautum ſit animadvertendum *leg. de quibus 32 de legibus.* Conſuetudines ea in re variant, diverſaſque diverſis in regionibus videre licet.

Pleriſque in locis uſu ſervari videmus, ut ad ſuperſtitem conjugem bona mobilia pertineant, immobilia verò proximi defuncti cognatis cedant. Eadem conſuetudo in civitate, ubi caſus, de quo diſquirere conſtituimus, contigit, ab immemoriali tempore obſervata, ſtatutoque comprobata fuit; uti conſtabat inter omnes & ex libro civitatis in quem ſenatus conſulta decretaq; referri ſolebant ſufficienter docebatur. Moritur ibi Titius ſine liberis & parentibus, ſineque teſtamento, & ultima voluntate, relictis poſt ſe uxore ex parte una, & fratribus ex parte altera, boniſque tum mobilibus tum immobilibus, inter utroſque dividendis.

Ex mobilibus duo aderant florenorum millia, repoſita & deſtinata in emptionem prædii; nec enim in uſus domeſticos pecuniam hanc defunctus erogare ſolitus fuit, ſed eam in rem, aliam alibi repoſitam habuit pecuniam. De quo defuncti propoſito, non multum inter cohæredes diſceptabatur; facilè quippe probari potuit, defunctum ejus animi fuiſſe, ut qui multoties hanc animi ſui intentionem apud alios declararat, quin & in præſentiâ cohæredum, ſi non omnium plerorumque tamen propoſitum ſuum lecto decumbens pridie mortis ſuæ ad longum repetierat, addens potuiſſe ſe pecuniam, quam multo tempore in ciſta, prope lectum locatâ, repoſitam habuerit in penſiones annuas collocare, indeque reditus annuos augere, at cum fragilis res ſit pecunia, & debitorum fides hiſce temporibus, valde lubrica, bonorumque cenſiones nimis frequentes, maluiſſe ſe in ſui memoriam familiæ ornamentum, majoriſque ſecuritatis cauſa, prædium quoddam domicilio ſuo vicinum inde comparare; fuerat & cum quodam prædii cujuſdam poſſeſſore in tractatu ejus rei; at morte præventus effectui dare non potuit, quod cogitavit; Eo mortuo contentio ſuborta fuit inter viduam bono-

rum

rum mobilium hæredem & fratres defuncti, hæredes bonorum immobilium, de pecunia modò dicta, quam defunctus in emptionem prædii, adeoque rei immobilis, destinarat, nec in quotidianos usus erogare solebat, utraque parte sibi illam deberi contendente.

Bonorum immobilium hæredes urgebant *cumprimis* fratris defuncti destinationem; Cum enim pecuniam illam, ab ea quam in usus quotidianos & rei familiaris necessitatem exponere solebat, separarit, & in emptionem prædii indubitanter destinarit, hanc ejus destinationem hoc operari putabant, ut res emenda pro empta habeatur & perinde censeatur ac si re ipsa prædium emptum fuisset, per ea quæ de natura & jure destinatorum à nostris passim traduntur; puta quod destinatum & factum per paria censeantur, actus destinatus pro re perfecta reputetur, destinatum ad rem habeatur pro re ipsa, sapiat & induat naturam ejus in cujus locum destinatum est, *gl. in l. fin. Cod. de dot promiss & in l. 19 §. 11. de aur. & arg. legat. Bart. Alex. Jas. & alii ad leg. cætera, § sed si paraverit. de leg. 1 Bald. ad l. 3. C. de furt. Felin. in c. cum adeo, extr. de rescript. Castrens. ad l. si non sortem, §. adeo, de condict. indeb. & ad l. 1. § servi, ad Syllan. Jas. ad l. divertio, § interdum, solut. matrim. Gabriel. Roman. communium conclus. l 1. tit. de præsumpt. conclus. 12. Tiraq. de retract. lib. 1 §. 1. gl 7. n. 103. Alberic. de statut. part. 2. qu. 209. Cotta in memorabilibus verb. vestibus legatis, Moller. 3. sem. 24. Geil. 2. obs. 11. num. 2. nu. 12. ad id allegans l. cum aurum 19. §. infecti autem, de aur. & arg. legat.* ubi argentum, quod cœptum fuit fabricari, non dum tamen perfectum fuit, pro perfecto habetur, nec infecti, sed facti argenti appellatione venit. Facit *l. fundi 17. §. fin. de action. empt.* ubi pali hac mente exempti è numero reliquorum, ut in vineam collocētur, pro parte fundi habentur licet reipsa nondum locati sint. Adde *l. 1. §. 3. de pollicitationib.* ubi qui locum operi publico faciendo destinavit, ipsum opus cœpisse censetur, adeoque pro obligato habetur, utcunque aliàs sine causa, atque ita inutiliter promisisset, proindeque nec obligatus fuisset.

Quibus & similibus textibus comprobatur, destinatum, & per-

fectum per paria censeri, & utrobique idem juris obtinere. Et certè destinationem patrisfamil. in quavis attendendam esse, illaque fieri, ut sit, quod non est, multis si opus esset demonstrari posset exemplis.

Exemplum occurrit *in l. locus 60. de verb. sign.* ubi destinatione possessoris, fundus à loco separatur, ut & modicus locus possit fundus dici, si fundi animo eum habuimus, & quælibet portio fundi, poterit fundus appellari, si ita dominus decreverit & fundum unũ in plures diviserit. Sic si testator eodem instrumento in plurimis agris usus fuit, & quæratur, cujus agri sit instrumentum, & unum legatum censeatur vel non, voluntas & destinatio patrisfamilias attendenda venit;

Cui enim agro principaliter destinavit ejus instrumentum erit, ita ut cæteri agri ab hoc agro veluti mutuentur *l. quæsitum 12. §. 14. de instruct. & instrum. leg.* Aliud hujus rei exemplum se offert *in l. urbana 166. de verbor. signif.* ubi urbanus & rusticus servus destinatione patrisfamil. distinguuntur, ita ut urbanus sit, qui rusticus, & vicissim rusticus, qui urbanus videbatur, prout paterfamil. hunc vel illum, hoc vel illo modo habuit. Sic si quæratur pertinentiarum appellatione, quænam veniat destinatio patrisfamil. attendi debet, hæ quippe pertinentiæ constituuntur & æstimantur per tradita à Geilio *2. observ. 62 n. 5. & observ. 63. n. 1.* plura ejus rei exempla referuntur ab interpretibus supra relatis, quibus adde Gœdd. *libr. 3. cons. Marpurg. cons. 33. n. 121.*

Et hæc de primo, quo bonorum immobilium hæredes palmam obtinere conabantur argumento.

Deinde pro illis non parum facere videbatur, quod defunctus nõ verbis tantum hoc animi sui propositum exposuerit, sed ad rem ipsam quoque venerit, tractatumq; habuerit, cum possessore prædii vicini, ita ut tractatus in tractatum procul dubio abiisset, nisi mors intervenisset; Atqui juris, quod potentia actui propinqua, pro ipso actu, & tractatus contractui proximus, pro ipso contractu habea-

habeatur, annuente Baldo *ad l. penultim. de milit. testam.* ubi paria sunt, inquit, aliquid esse factum, vel in proximo faciendum per text. *in d. l. penult.* ubi cum dubitaretur, An testamentum à filiofamil. jure militari factum subsistat, qui tempore conditi testamenti gladio necdum cinctus sit, jure id subsistere à Papinian. responsum fuit, si proximè ante actum cingendi testamentum factum sit, ut ita proximus cingi habeatur pro cincto cui concord. *in l. 19. §. 11. de aur. & argent. leg.* ubi argentum quod cæptum fuit fabricari nondum tamen perfectum fuit, pro perfecto habetur & argenti facti appellatione venit, quo intuitu etiam Licentiatus vulgo dici solet, cui promovendi potestas & licentia data fuit, utcunque reipsa, & ipso actu promotus non sit.

Tertiò allegabatur, quod defunctus paulò ante mortem animi sui intentionem repetierit, & apertè quo loco pecuniam illam habuerit, haberique velit, se declararit; Atqui juris quod ultima defuncti voluntas pro lege sit habenda, & instar legis servanda per textum *in Novell. 22. cap. 2. in prin.* atque ita in pecunia destinata per testatorem ad emptionem prædiorum, consulendo respondit Socinus junior *2. consil 249. numer. 27. citatus à Geilio dict. observ. 11. nu. 6.* quin enim lege caveri & introduci possit, ut pecunia ad emptionem rei immobilis destinata, pro immobili habeatur, nullatenus dubitandum; Quare nec dubitari debebit, de ultima patrisfamil. voluntate, ut cui vis legis authoritate legislatoris apertè tributa fuit.

Quartò facit in simili, quod quæ pro necessitate castri, vel fortalitii reposita sunt, pro immobilibus habeantur, nec bonorum mobilium hæredi cedant, cujusmodi sunt bombardæ, catapultæ, balistæ, pulvis tormentarius, & alia id genus arma & munimenta bellica, per ea quæ tradit Tiraquell. *de retract. libr. 1. §. 1. gloss. 7. num. 96. cum seq.* Idemque de frumento pro necessitate fortalitii reposito à Scabinis Lipsensibus responsum fuisse, refert Moller. *3. semestr. 24. num. 4.*

Quod omne cum ex destinatione patrisfam. fiat, eaque faciat, ut ad usum rerum immobilium destinata naturam exuant, & pro immobilibus habeantur, idem quoque ex identitate rationis de casu præsenti dicendum videtur.

Facit *quintò* exemplum pecuniæ in usum cambii collatæ & mēsis argentariorum deputatæ; hanc enim inter immobilia computandam scribit Bald *in c. causa, num. 4. extr. de re judic.* quem sequitur Rom *sign. 104. Geil dict. observ. 11 n. 7.* ratio est, quia pecunia illa in usum rei perpetuo duraturæ destinata est, quem in finem, cum & illa qua de agitur destinata sit, eandem etiam illius qualitatem esse consequens videtur.

Confert *sextò* quod pecunia, quæ pro conservatione patrimonii reposita est, & instar thesauri à patrefam. asservatur, nec in usus quotidianos erogatur, immobilibus annumeretur, per ea quæ tradit Jas. *in l. 1. §. fuit quæsitum, num. 38. ad SC. Trebellian. relatus à Geil. d. observ. 11. num. 8.*

Septimò idem exinde evinci volunt, quod quę ex re aliqua conficitur pecunia, naturam & qualitatem rei unde venit retineat; Cui consequens videtur, quod quæ ad rem aliquam conficiendam destinata fuit pecunia, naturam & qualitatem rei, ad quam destinata est, recipiat.

Cujus *octavò* exemplum ponunt in pecunia ex venditione rerum immobilium confecta; hanc enim pro immobili habendam plerique putant, cum surrogatum sapiat naturam ejus, in cujus locum surrogatum est, eodemq; jure cum illo censeatur per vulgata & allegata à Gœddeo *lib. 3 cons. Marpurg. cons. 33. n. 118.*

Aliud *nono* exemplum ponitur, in pecunia ex venditione feudi redacta, hanc enim pro feudali, adeoq; re immobili haberi tenet Henning. Gœdd. *cons. 18. n. 3.* atque ita etiam in curiis Saxonicis judicatum fuisse, refert Wesenb. *de feud. c. 7. n. 9.*

Decimò facere videtur, quod pecunia in emptionem annuorum redituum collata rebus immobilibus annumeretur, æque ac ipsi editus empti pro immobilibus computantur per textum *in clementin.*

mentin.exivi.§.eumq; annui reditus de verb.signif.& allegata à Geil.2.obs. 10.Mynsing.1.obs.69.

Undecimo textus ad hanc rem singularis esse putatur *in l.3.§.de contrar.& util.tut.act.* ubi cum pecunia pupilli, ad emptionem prædiorum deposita, sine decreto magistratus creditori in solutum dari, adeoque alienari nequeat, pro immobili illam haberi inferunt, cum in rebus immobilibus hoc juris sit, ut sine decreto, & autoritate magistratus alienari nequeant, mobilia verò licitè possint, *leg.1.de rebus eorum qui sub tut.vel curat.sunt sin.decret.*

Idem *duodecimo* probari putant per text. *in l.15.§ fin.de re judic.* ubi dum quæritur, An pecunia pupillaris, ad prædiorum comparationem reposita, citra permissum prætoris, ab eo qui judicatum exequitur, pignoris jure capi, & in causam judicati converti possit, immobilem illam esse præsupponitur; cum de mobilibus, quin sine decreto alienari adeoque pignori capi possint, nulla sit dubitatio *d. l.1.de rebus eorum qui.*

Deniq; plerorumque JCtorum & interpretum autoritatibus intentio hæredum, pecuniam ad emptionem rei immobilis destinatam, pro immobili habentium nititur; ut videre est apud Zas. *in l. si certos, numer.10.de verbor.obligat.* Fulgos. *in leg.15 §.fin.de re judic.* Roman. *singul.104.* Tiraquell. *de retract.§.1.gloss.7.ubi plures hanc ad rem citat.*

At his non attentis pecuniam in emptionem prędiorum à defuncto destinatam rebus mobilibus annumeratam, viduæque adjucatam memini. Cum enim *primò* ex consuetudine & statuto loci ad cognatos immobilia pertineant eaque sola, utique pecuniam utcunq; in emptionem rerum immobilium destinata fuisset, ad illos minime pertinere consequens est, quippe cum immobilium verbo veniant res usu non consumptibiles; Atqui constat pecuniæ usum esse fragilem, & ex communi Dd. opinione iis rebus annumerari quæ servando servari nequeunt, *per text. in §.constituitur, Institut.de usufr.& allegat à Geilio d.obs.11.n.3.* nec qualitas illa pecuniæ propria, eique ingenita, per destinationem in emptionem rei immobilis

factam immutatur; nostra quippe destinatio naturam rei non mutat *per trad.* à Boer. *decis. 209.* Jas. *in l. cætera 41. § sed si paraverit. n. 1. 18. 19. de leg. 1.* Moller. *3. sem. 24. n. 3.*

Porrò in statutis verba propriè accipi debere vulgata est practicorum Theorica: quare, dato, pecuniam in emptionem rei immobilis destinatam pro immobili haberi, non tamen rerum immboilium hæredibus cederet, quia aliud est esse tale, & aliud, haberi pro tali *l. mercis 207. de verb. sign.*

Tertiò uxori superstiti debentur mobilia, hoc est, quæ de loco in locum moveri & transportari possunt; atqui eandem esse pecuniç naturam & qualitatem constat, nec conditionem illam destinatio, qua de agimus, mutavit, per superius dicta.

Quartò inter alia mobilia pecuniam quoque ex statuto viduæ deberi, constabat utrinque, quare debebitur & illa quæ in emptionem rei immobilis destinata fuit, cum aliud de illa, alio statuti capite, cautum non inveniatur.

Quintò statuentes juri civili se conformasse censentur; atqui jure communi pecuniam inter mobilia pertinere, text. est apertus in *Nov. 22. c. & quia parum 45. vers. si verò universa;* nec ullibi pecunia in emptionem rei immobilis destinata excepta legitur.

Facit *sextò* dictum Baldi communiter à nostris approbatur determinationem non sumi ab eo quod erit, sed ab eo quid est; cujus exemplum habemus *in l. si fundi 17. §. ea quæ, de actionib. empt.* ubi quæ parata sunt, ut ædificio imponantur, ædificii esse negantur, quod utique dicendum, si destinatio attendi deberet.

Sic tegulæ, quæ nondum ædificiis impositæ sunt, quamvis tegendi gratia allata sint, ædificii non sunt, sed in rutis & cæsis habentur *l. granaria 18. §. 1. eod. l. in rutis 241. d. verb. sign.*

Similiter si ad ædificium destinata legentur, non inutile legatum erit *l. cætera 41. §. sed si 14. de leg. 1.* prout inutile & invalidum existit, si quæ ædibus juncta sunt legentur, *d. l. 41. §. 1.* Et si, quæ legata sunt, postea à testatore ædibus destinentur, legatum non extinguitur,

tur, *d. §. sed si*, quemadmodum extinguitur, si quæ legavit testator ædibus junxit *d. l. 41. §. sed si ea*.

Sic carbonibus legatis, lignum ad carbones faciendos destinatum, legato non continetur, nec legatario cedit *l. 55. §. si lignũ, de leg. 3*

Eadem ratione, libris legatis, nondum perscriptos non contineri, neq; chartis legatis papyrum ad chartas paratam venire, monet Ulp. *in l. librorum, §. 5. cum seq de leg. 3.*

Aliud ejusdem rei exemplum occurrit *in l. si id 58. §. 2. Pro socio*, ubi si pecunia ad mercem emendam à socio destinata pereat, nihil eo nomine, actione pro socio is cujus pecunia fuit à socio consequatur, quia per solam destinationem pecunia socialis non fit, sed actualis collatio desideratur. Sic sola dedicationis destinatione non transit res privata in sacram, nec inde sacra fit. Unde si rem templo destinatam, at nondum dedicatam, quis furto auferat, templo non quæritur furti actio, sed competit ei, qui in usum templi rem illam destinarat, *leg. si nondum 3. Cod. de furt.* Siquidem votum & destinatio personam voventis, non rem quæ vovetur, obligat, nec ex profana sacram facit ût ait Ulpian. *leg. 2. in princ. de pollicitat.*

Unde & *in leg. 35. de lib. causa* Papinianus servos ad templi custodiam, quod ædificari Titia voluit, destinatos, neque manumissos hæredis mansisse, neque templo destinatione illa quæsitos esse, respondit.

Septimò viduę intentio summâ æquitatis ratione nititur, quod si enim mariti destinatio attendenda foret, apertè in fraudem viduarum id statueretur, quæ hujusmodi facto, jure suo facile privari possent, quod non est ferendum.

Octavò facit decisio Lipsensium de casu haud absimili relato apud Moller. *2 sem. 24.* ubi cum ex statuto loci viduis dimidia pars comestibilium, & eorum quæ ad potum parata sunt, deberetur, illius etiam frumenti dimidium viduæ adjudicatum fuisse refert, quod repositum habuit maritus, ut venderet, venditum autem ab ipso vivo non fuit.

Deniq;

Deniq. interpretum autoritate si pugnandum foret, plures numero afferre liceret, qui negant, pecuniam ad emptionem rei immobilis destinatam, pro immobili habendam, prout illam cōmunem dicit & interpretum autoritate confirmat Gel. 2. *obser. 11. nu. 3.* quam meritò sequimur, non quia communis est, sed quia firmissimo nititur fundamento; Cum enim certa sit juris regula, pecuniam ad res mobiles pertinere, & vero exceptio, Nisi In emptionem rei immobilis sit destinata, nulla speciali lege introducta inveniatur, prout omnem exceptionem speciali lege probari oportet *l 5. de probat.* utique standum erit regulæ, nec dubia adversus illam admittenda exceptio.

Quo fundamento vel solo, utcunque aliis supra relatis argumentis destitueremur, posterior hæc nostra opinio confirmari, omniaque in contrarium adducta subverti possent; Quod si enim, quæ pro stabilienda alterâ opinione adducebantur, ad Lydium lapidem juris nostri examinemus, communes juris aphorismos, sententias generales & argumenta topica conspiciemus; atqui talia ad juris constitutionem nihil facere, nec ex illis jus jurisve constituti exceptionem desumi posse, evidētibus argumentis supra evicimus & comprobavimus, maximè verò Responso Pauli, quod de autoritate regularum & sententiarum hujusmodi à compilatoribus juris in principio tit. ultimi Digestorum refertur, ubi apertis verbis ex regulis quales continentur *d. tit. ultim.* & aliàs ex legibus collectæ circumferuntur, jus sumi negatur. Quare, cum, ut paulo ante diximus, certi sit juris pecuniam ad res mobiles, ceu exemplum & speciem pertinere *per text. in Nov. 22. c. & quia*, nec ullibi pecunia, à patrefamil. in emptionem rei immobilis deputata, excepta legatur utique standum erit regulæ, nec ex aphorismis juris, & argumentis topicis exceptionem confringere licebit, quippe cum omnem exceptionem speciali lege probari oporteat, monente inter alios eodem Paulo *in l. 5. de probat. & præsumpt.*

Quibus ita præmissis, videamus, quid ad singula, quibus bonorum immobilium hæredes intentionem suam stabilire, & pecuniam

cuniam, quâ defunctus paterfam. prædium emere constituerat, sibi vindicare intendebat, respondendum sit. Urgebant *primò* fratris defuncti, de cujus successione quæritur, propositum & destinationẽ. Cum enim pecuniam, quâ de agitur, ab aliis quam in usus quotidianos, & rei familiaris necessitatem exponere solebat, separarit & in emptionem prædii indubitanter destinarit, hac ejus destinatione fieri concludebat, ut res emenda pro empta habeatur, & perinde censeatur ac si re ipsa prædium emptum fuisset, quo casu sine dubio ad ipsos res empta pertinuisset. At sciendum primo axioma adductum Brocardicon esse, promiscuè & indifferenter se habere ideoq; cum in utramque partem leges & exempla extent, nihil inde certi concludi & inferri posse, sed oportere eum, qui intentionem suam in eo fundat, in terminis & in specie fundamentum intentionis suæ probare, prout rectè animadvertit Dominus Vigelius *s.decis.67.* *Deinde* sola ac nuda destinatione patrisfamilias rei naturam non mutari rectè monuerunt Jas *ad l.cætera 41.§ sed si paraverit, de legat.1.* Boer. *decis.209.* Moller. *3.semestr.24.n.3.* cujus evidentia exempla extant *in l.3 C de furt. l 2. de pollicitat. l 35. de liber. caus. l. fundi 17.§.pen & ultim. de act. empt. l. granaria 18.§.1. eod. l si id 58.§.2 pro soc. l.55.§. si lignum, de leg 3.* Præterea, ut destinatum pro re perfecta habeatur, forma & finis in ipsa destinatione adsit necesse est, alioquin pro actu perfecto non habebitur *d leg.17 §. item quod insula, s. de action. empt. l. urbana 166. leg. Carbonem 167. de verb sign.* Jas. *ad d. l. cætera, § sed si paraverit, n.18. cum seq. & ad l.7. §. interdum, solut. matrim. Felin. c. cum adeo, extr. de rescript.* cujusmodi requisitum Cujac. in casu præsenti desit, locum non habebunt ea quæ de natura & jure destinatorum à nostris passim traduntur, nec pecunia ad emptionem rei destinata, pro re empta habebitur. Adhæc ut destinatum ad rem habeatur pro re ipsa, & induat naturam ejus in cujus locum destinatum dicitur, non sufficit destinationem obiter factam fuisse, sed necesse est apertè & expressa destinantis declaratione illam fieri monente Cravetta *cons. 598. nu. 21.* Cujus illustre exemplum videre licet, *lib.3. consil. Marpurg. consil. 33.* ubi cum Vasallus in fundo feudali ædificasset, & ædificium ad

usum rei feudalis destinasset, puta ut judicia & jurisdictio (vi feudi competens) ibi exercerentur, inde tamen rem feudalem effectam non fuisse, neque à destinato ad factum ipsum inferri posse, rectè concluserunt Marpurg. *dict.cons.33.num.272.* eodem argumentandi genere concludemus & nos, nec nostro casu destinationem pro actu perfecto, & destinatum pro re ipsa haberi, cum desit requisitum eam ad rem necessariam, nec adsit defuncti declaratio, ut pecunia, qua de agitur, pro re immobili haberetur, & immobilium jure censeretur.

Et hæc de primo, quo bonorum immobilium hæredes palmam obtinere conabantur argumento.

Non majoris est importantiæ *secundum* contra viduam allatum dubium. Ut n. factum, & faciendum per paria censeantur, necesse est, ut res jam dum sit in fieri & deventum sit actum perfectioni proximum, cujus exemplum extat *in l.19. §.11. de aur. & arg. legat.* ubi argentum, quod cæptum fuit fabricari, pro perfecto habetur, nec argenti infecti, sed facti, appellatione venit. Eandem rationem habet exemplum *ex l.pen.de milit testam.* allatum, cum ibi filiusfam. in numerum militum jamdum fuerit receptus, & ex illis, quæ in milite desiderantur, & prædere oportet, solennibus, solus cingendi actus defuerit, ex incidentibus causis dilatus, & suspensus. In reliquis, ubi talis respectus & affinitas Facti Faciendique non adest, per disparia censebuntur, nec Faciendū pro facto habebitur, cujus rei evidēs extat exemplum *in l.lignis 55. §.7. de leg.3.* ubi carbonibus legatis, lignū ad carbones faciendos deputatum, legato non continetur, nec legatario cedit, Eadem ratione libris legatis, nōdum perscriptos, non contineri, neque chartis papyrum ad chartas paratum venire, respondit Ulp. *in l librorum 52. §.5. cum seq. eod.*

Non dissimilis est ratio, casus propositi. siquidem allegata sollicitatio de prædio vendendo, actus est ab ipso contractu planè remotus, nec contractum afficit, ut ita meritò per disparia cēseantur, emptum & emendum. Adhæc, ut intentio agentis actum perficiat, & quod est in intentione pro facto & perfecto habeatur, rem, de qua agitur,

agitur, ita comparatam esse oportet, ut à sola agentis intentione, & voluntate dependeat, ut contingit in casu *l. locus 60. de verb sign. & l. urbana, eod.* At nostro casu, ut res censeatur empta, ipsius etiam Domini, cujus res est consensus adsit necesse est, quod deficiente (prout defecit) nihil operabitur intentio, & sollicitatio, alterutrius partis.

Tertium viduæ oppositum argumentum quod attinet non negamus patremfam. testamento, vel qua alia ultima utilitate, disponere posse, ut pecunia, quam secum habet, vel in usuras elocavit, pro re immobili habeatur, prout à prudenti quodam patrefamil. ne ad ad liberorum uxores, maritosve, & consequenter ad extraneos pecunia quam reliquit, successione statuto variat. deveniat, sed apud descendentes permaneat, dispositum fuisse memini; At talis dispositio, nostro casu non extat; imò, fortè nec fieri potuisset, cum in fraudem, & præjudicium viduæ maritus disponere, & jus ipsi ex statuto, vel consuetudine debiti auferre nequeat, per ea quæ diximus suprà, argumento septimo pro vidua adducto.

Circa *quartum* contrariæ sententiæ argumentum, committitur Elenchus non similium ut similium; quod enim pro necessitate castri vel fortalitii reposita sunt, pro immobilibus habentur, nec bonorum mobilium hæredi cedunt, ideo fit, quia munitiones castrorum, puta bombarda, pulvis tormentarius, & alia in necessariũ hujus rei usum comparata, ipsi castro adhærent, ceu accessorium suo principali, & quasi pars castrorum habentur, quippe cum sine illis castra & fortalitia esse nequeant, non magis quam corpus sine anima, ut ita quod juris est circa totum & rem principalem, idem quoque de accessoriis & partibus merito judicari debeat, *arg l. quæ de tota 76. de rer. verb l. 3. pro derelict.*

De pecunia in usum cambii collata, & mensis argentariorum deputata, quod afferebatur, non caret dubitatione, ut ita dubium per æquè dubium probari nequeat. Etsi enim non desint qui pecuniam hujusmodi, pro immobili habeãt, & inter immobilia computandam scribunt, eò quòd pecunia illa in usum rei perpetuò duraturæ destinata sit, si tamen penitius introspiciatur, & ad juris nostri

scripti trutinam, ponderatio fiat, fundamento juris assertionem hujusmodi destitui deprehēdemus; Cum enim pecunia ad res mobiles, ceu species & exemplum pertineat per text. *in Nov. 22. cap. 45. vers. si verò universa*, nec pecunia in usum Cambii collata, ullibi excepta legatur, utique allegata exceptio, ceu non probata, attendi non debebit.

Eadem est ratio argumenti *sexti*; Etsi enim non desint, qui pecuniam, quæ pro conservatione patrimonii reposita est, & instar thesauri à patrefam. asservatur, nec in usus quotidianos erogatur, inter immobilia referant, & jure immobilium censeri autument; nulla tamen, quâ id probent, juris constitutionem allegare poterunt, prout ipsis incumbit, ex præscripto Pauli, quod est *in leg. 5. de probat.*

Non majoris est importantiæ illatio argumenti *septimi*: Etsi enim detur & concedatur, quod quæ ex re aliqua conficitur pecunia, naturam & qualitatem rei unde venit retineat, illi tamen consequens non erit, quod & quæ ad rem aliquam conficiendam, destinata fuit pecunia, naturam & qualitatem rei ad quam destinata est recipiat, cum tanta non sit affinitas, & proportio, inter pecuniam & rem emendam, quanta existit inter rem & pecuniam inde confectam. At nec verum esse præsuppositum illud, quod ex re quapiam factum, naturam & qualitatem rei unde venit & factum fuit, retineat, inductione plurium exemplorum demonstrari potest: Exemplum evidens occurrit *in l. qui vas 48. §. fin. de furt.* ubi nummus ex re furtiva redactus, furtivus esse negatur, nec dominus rei nummos illos tanquam suos petere potest & si per vim extorqueat vi bonorū rapt. tenetur, similiter rem emptam ex pecunia mea, non esse meam, rescripsit Imper. Gordianus *in l. si ex ea, 6. C. de rer. verb.*

Sic si pecunia pignori obligata, in emptionem rei convertatur, res ex nummis pignoratis empta, non erit pignorata, monente Ulpiano *in l. 7. §. fin qui pot. in pign. hab.* Neq; ex pecunia dotali, res comparata dotalis existit, *l. ex pecunia 12. C. de jur. dot.* ubi Dioclet. & Maxim. ex pecunia dotali res comparata non erit uxoris.

Nec

Nec diversum arguunt, quæ circa *octavam & nonam* dubitandi rationem, allata fuerunt exem. Quod enim primo attinet exemplum pecuniæ, ex venditione rerum immobilium cōfectæ, etsi sint ex interpretibus, quibus pecunia illa immobilis videatur, non tamen habent, in quo fundamentum hujus suæ assertionis ponant, siquidem pecuniam ad res mobiles pertinere, præter sensum communem, & notitiam cuique patentem, constat ex Nov. 22. c. 45. versic. si verò universa. nec ullibi excepta invenitur pecunia ex venditione rerum immobilium confecta; habebitur ergo & illa pro re mobili, cum extra leges non liceat casum excipere, & restringere legem indefinitè loquentem, Vulg *l. de precio, de publ. in rem act.*

Adde quod aliud sit precium, aliud res ipsa *l. 42. §. 1. de usufr. l. nemo 82. in princ. de verb. oblig. l. fundum 28. de Novat.* unde & qui ex uno testamento æstimationem habet, ex altero rem petere non prohibetur, *§. si res, Instit. de legat. l. 34. §. 1. de legat. 1. l. 66. §. 1. de leg. 2.* eadem est ratio exempli posterioris; Licet enim sint qui pecuniā ex venditione prædii feudalis redactam, pro feudali, adeoque re immobili, habeant, nihil tamen, unde id probent, allegare poterunt; imo aperte refutantur, per text. *2. feud. 26 §. si vasallus, in fin.* prout text. illum inducunt, & dissentientes, inde oppugnant And. de Isern. Præpos. Matth. de Afflict. & alii *in notis ad dictum § si vasallus*, Schurff. *1. cons. 11.* Wesenbec. *de feud. c. 7. nu. 9.* Rosenth. *de feud. c. 4. concl. 11.* Obrecht. *disp. feudal. 5. thes. 216. cum seq.* Vult. *de feud. lib. 1. c. 5. n. 10.* Borch. *de feud. c. 6. n. 14.*

De annuis reditibus quod *decimò* adducebatur, nihil cum quæstione præsenti commune habet, nec dari potest argumentū in quo cōparentur; deinde quod annui reditus rebus immobilibus annumerantur, & immobilium bonorum hæredi cedunt, κατά τι & limitate intelligi debet, videlicet & de reditibus nondum cessis, & jure percipiendi annuos istos reditus; quantum enim attinet reditus, quorum dies cessit, adeoq; ipsa corpora & species annuorum redituum, pro mobilibus habentur, hæredíq; bonorum mobilium cedunt,

 dunt,

dunt, *l.fructus, de reg.verb.* & tradita à Geil.*2.observ.10.num.3.* Mynsin. *1.obs.69.n.33.*

Undecimum contrariæ sententiæ fundamentum quod attinet, sunt qui putant speciale id esse in pecunia minorum, ad emptionem prædiorum deputata, alio in aliorum pecuniis obtinente, pro ut inter alios tenet Barbat.*in c.1.nu.5.tex.de feud.* relatus à Geil.*d.obs. 11.n.2.in fin.* non placet; dicendum potius omnem indistinctè pecuniam ad emptionem prædiorum destinatam pro mobili habendam nullâ majorum & minorum distinctione attentâ; nec obstabit opposita *l.3.§.6.de contrar. & util.tut act.* si attendamus quæstionem ibi propositam; tractat & quærit Ulpian. An tutor usuras poscere possit, de pecunia, quam pupillus tutori debuit, si adsit pecunia pupillaris, at destinata in emptionem prædiorum, ac distinguit, utrum tutor prætorem adierit nec ne; si adiit, nec obtinere potuit, ut de pecunia illa sibi solvat, usuras rectè postulabit, quod si vero prætorem adire intermiserit, sibi imputabit nec usuras petere poterit. Causa prætoris adeundi non est ea, qua pecunia ad emptorem prædiorum destinata, pro re immobili reputaretur, adeoq; sine decreto magistratus alienari nequeat; sed ut prætor cognoscat, utrum sit utilius usuras admitti & pecunia pupillari prædium emi, an verò satius existat, emptionem intermitti, & pecuniam, eam in rem depositam, tutori in solutum dari, ut ita in objecto argumento *ex d. leg. 3.* desumpto committatur fallicia secundum non causam ut causam.

Consimilem elenchum committunt circa argumentum *duodecimum*, petitum *ex l.15.§ fin.de re judic.* quod enim pecunia pupillaris ad prædiorum comparationem reposita, ab eo qui judicatum exequitur, pignoris jure capi & in causam judicati converti potest, nec prætoris decretum desideratur, pro ut in casu *l.3. de contrar & util.tut.act.* desiderabatur, causa est, quod prætoris cognitio ea in re futura sit supervacua, secus ac obtinebat in casu *dict.leg.3.* quæ est ejusdem autoris; minimè verò præsupponitur, pecuniam in emptionem prædiorum destinatam, immobilium jure censeri, eoque intuitu

tuitu decreti prætorii mentionem factam fuisse, prout contrariæ sententiæ autores autumant.

Ultimum ab autoritate interpretum desumptum argumentum quod attinet, illi satisfactum putamus iis, quæ pro stabilienda nostra opinione, nono & ultimo argumento proposuimus; Quod si enim interpretum autoritate pugnandum esset, plures numero adferre liceret, qui negant, pecuniam ad emptionem rei immobilis destinatam pro immobili habendam, prout illam communem dicit, & interpretum autoritate confirmat Geil. *2. obs. 11. n. 3.* At infirmum & debile esse argumentum, ab autoritate interpretum & JCtorum nostri seculi, desumptum, constat ex his quæ de communi opinione, ejusque autoritate suprà latè tractavimus, quo nos hac vice remissos volumus.

DECISIO DUODECIMA.

Num probatione per testes factâ, juramentum adversæ parti deferri possit, casu ubi nihil omnino probatum fuit, nec protestatio de non remittendo alio probationum genere, interposita.

ACTOR probationi confisus testes produxit, illosque examinari fecit, nulla interpositâ protestatione, nec reservata sibi in defectum probationis juramenti delatione. Atqui animadvertens defecisse se planè in probatione, juramentum Reo convento defert, idque ultimo judicii instituti termino, dum in causa per recessum oraliter concludi debuit, & à parte adversa jam dum conclusum, & ad sententiam submissum fuit. Quæsitum Num probatione per testes facta, ad juramenti delationem Actori recurrere licuerit, & Reus conventus, juramentum sibi delatum aut præstare, vel deferenti referre teneatur.

Actorem audiri non debere, nec delationem juramenti locũ habere

bere dicendum videbatur; Siquidem ad juramenti delationem recurrere non licere, quando deferens intentionem suam testib. probare conatus fuit, plerique interpretum tradunt, ut videre est apud Cacheranum, *in decisionibus pedemontanis decis.11. Dec. in cap.2. extr. de probationib. & alios plures, quos refert Mascard. de probationib. libr.2. conclus.959. n.9 per textum in l.11. C. de jurejur.* ubi Justin. absurdum est, inquit, cum quis desperavit aliam probationem denuò ad jurisjurandi religionem convocare velle, idem probatur vulgata juris regula, Actore non probante Reum esse absolvendum, judici judicaturo præscripta *in l 4. C. de edend.* ubi Antonin. Actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstat, obtinebit; cui conc. *l. 2. C. de probat. l.9. C. de except. l.9. C. de obl. & act. c. ult. ext. de jurejurand.* Atqui si dicamus, delationi juramenti in casu proposito deferendum, utique Reus quid, quo absolvatur præstare teneretur, contra regulam *d.l. 4. C. de edend.*

Accedit, quod probationes non sint petendæ de domo Rei *l.7. Cod. de testib.* ubi Impp. Dioclet. & Maxim. Nimis grave est, inquiunt, quod petitis urgeri partem diversam, ad exhibitionem eorum, per quos sibi negotium fiat; unde intelligitis, quod intentionis vestræ proprias afferre debebis probationes, non adversus se ab adversariis adduci. Atqui si Reus in casu præsenti, ad voluntatem Actoris, jurare cogeretur, utique Actor non propriis obtineret probationibus, sed de domo Rei desumptis adminiculis.

Facit, quod Reus per examen testium satis sit vexatus, sumptusque fecerit non leves, proindeque iniquum videri potest, vlteriori gravamine ipsum gravari. Quare, cum semel probandi viam Actor elegerit, inde non videtur posse recedi, quam enim quis semel elegit viam, illâ ambulare oportet, nec licet postea ad aliam transire *l. si mulier 21. §. ult. quod met. caus.* cum unius electio, alterius sit reprobatio *Cravett. cons. 626. n.17. & cons. 678. num 8. Surd 3. cons. 428. nu. 8. Bursat. 3. consil. 298. numer. 13. Idem 4. consil. 357. numer. 23. & consil. 428. numer. 14.*

Idque *secundò* vel ob id maximè, in casu præsenti obtinere videtur,

detur, quòd ab initio protestatus non sit, de non remittendo alio probationum genere; prout enim protestatio protestanti jus conservat, & efficit, ne actus præjudicet; ita à contrario, omissâ protestatione, præjudicium fit juri aliàs competenti, per trad. à Guid. Pap. *decis. 172. n. 2.* Kirchovio *cent. 6. concl. 82.* Gomez. *libr. 2. resolut. cap. 13. numer. 12.*

Tertiò Actori, ejusque petitioni obstat, quod nimis sero juramentum detulerit, posteaquam in causa oraliter concludi debuit, & ab adversa parte jamdum conclusum fuit, siquidem post conclusionem in causa, juramenti delationem à litigatoribus peti non posse, docent Bart. Bald. & alii communiter *ad l. 3. C. de reb. cred.* Ratio, quia post conclusionem in causa, probationes, (qualis etiam est juramenti delatio) non amplius admittuntur per text. *in c. cum dilectus ubi plenè, Felin. de fide instrum.* Jason. *in l. admonendi, nu 6 de jurejur.* Hippolyt. *in pract. crim § sequens, n. 14. cum seqq* Geil. *1. obser. 107. nu 4 & 1. obs. 108. num. 2.* Myns. *1. obs. 68. n. 6.* Immo delationem juramenti ante litis contestationem ab Actore faciendam esse, post alios à se allegatos tradit Wesenb. *in paratit. l. de jurejur. n. 9.* Coler. *decis. 122. n. 5. & 6.* ubi ait jusjurandum statim, cum ipsa actione deferri debere, ideoq; si Actor simpliciter libellum proponat, deinde præstita guaranda, juramentum deferre velit, ipsum non audiri, quia eo ipso qualitatem libelli mutaret, quod post præstitam guarandam ei facere non est integrum.

Ponderandum *quartò*, quod in casu proposito, nihil plane ab Actore sit probatum, & omnes ab ipso producti testes, se ignorare articulata responderunt, nec etiam aliunde causam suam verisimilem fecerit; Atqui delationem juramenti locum non habere, si à deferente nihil sit probatum, in terminis tradit Menoch. *1 quæst. arbitr. 81. n. 1* Boer. *decis. 243.* Cacheran. *decis. 97.* Speculator, Socinus, & alii plures, quos refert Mascard. *lib 7 probat. conclus. 957. n. 7.*

Pro quorum opinione communiter adduci solet, trita illa juris regula, quod Actore non probante Reus sit absolvendus, etsi nihil præstiterit, tradita *in l. 4. C. de eden.* tum quod grave & injuriosum

T sit

sit probationes ab adversa parte petere *l. 7. C. de testib. l. 4. C. de edend.* tum quod Actori, qui plene intentionis suæ fundamentum probavit, juramentum à Reo deferri nequeat, *cap 2. extr. de probationib.* cui consequens videtur, quod proinde nec Reo juramentum deferri queat, si Actor nihil planè probavit; quippe cum, quod juris est in uno correlatorum, idem quoque esse debeat in altero; tum deniq; quod judex, nec suppletorium, nec decisorium juramentum deferre possit, ubi nihil probatum invenitur *per text. in c. fin. ext. de jurejur. & notata, à Wesemb. in parat. de jurejur. n. 10.*

Hæc sunt, quæ contra Actorem ejusque intentionem militare, & quo minus juramenti delationi deferri debeat, suadere videntur argumenta; cum enim intentionem suam testibus probare cõstituerit; nec deinde protestatus sit, de non remittendo alio probationum genere; insuper nimis serò juramentum detulerit, posteaquam in causa oraliter concludi debuit, & ab adversa parte jamdũ conclusum fuit, &, denique per testes productos nihil planè, quod pro ipso faciat probatum sit, omnimodo dicendum videtur, Reum non teneri, juramentum delatum præstare vel deferenti referre, sed ab instituta actione absolvendum esse.

At his non attentis, delationi juramenti locum esse, nec Reum præstationem illius subterfugere posse in Facultate responsum memini. Permissum quippe est litigantibus, tam Reis, quã Actoribus, intentionis suæ fundamentum conscientię partis adversæ committere, eique juramentum deferre; cuique defertur is jurare, vel deferenti id referre tenetur; quod si jurare nolit, nec etiam deferenti delatum sibi juramentum referre, causa cadit, inquit textus *in l. 34. §. ait prætor, l. 38. de jurejurand. l. 9. C. eod.* nec distinguitur, utrum deferens intentionem suam aliquo modo probarit, & Num, qui juramentum defert, conatus sit intentionem suam probare, aut non sit; unde nec nostrum erit distinguere, aut casum lege non exceptum excipere, *vulgata l. ff. precio ff. de public. in rem act. cum simil* prout ex refutatione eorum, quæ contra Actorem pro Reo convento adducta fuerunt, plenius constabit.

Primam

Primam dubitandi rationem quantum attinet; Etsi non desint, qui putant, juramento locum non esse, nec ad juramenti delationem recurrere licere, quando deferens intentionem suam testibus probare conatus fuit; verior tamen est illorum opinio, qui statuũt, habitis etiam probationibus, juramentum adversæ parti deferri posse, prout ita statuunt Boer. *decis. 95. num. 6.* Cagnol. *nu l. 2. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Osasc. *decis. 97.* & alii plures. quos refert ac sequitur Thesaur. *decis. 93.* Cum enim leges. quibus constitutum est, ut is, cui juramentum defertur, illud subeat, aut referat, generaliter loquantur, nec distinguant, utrum is, qui juramentum defert, conatus sit intentionem suam probare, aut non sit, nostrum quoque non erit distinguere, aut casum lege non exceptum, excipere, sed cũ lege generaliter loquente generaliter loqui, maximè cum eum in finem juramenti delatio inventa, & approbata fuerit, ut probationum defectus hoc modo suppleatur *c. 2. extr de probat.* Non obstat *l. 11. Cod. de jurejur.* quâ, qui in contraria sunt opinione potissimum nituntur; nec enim de casu, de quo nos agimus, agit ibidem Justin. sed de alia longè separata facti specie, quando scilic. jusjurandum antea quoque delatum, & rursus revocatum fuit, quo casu non licet ad juramentum semel revocatum, recurrere, & denuò deferre; Quapropter, quod attinet verba Imperatoris superius relata, *Absurdum esse, ut qui aliam probationem desperavit, ad jurisjurandi religionem convolare permittatur,* sciendum circa inductionem illorum, commissam fuisse divisionis fallaciam, quippe cum antecedentia cum illis sint conjungenda, nō vero, ut factum, divellenda, prout ipse Imper. illa conjũgit, dum satis, inquit, absurdum est redire ad hoc, cui renunciandum putavit, & cum desperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare.

Non magis pro dissentientibus facit allegata juris regula, quod Actore non probante Reus sit absolvendus, & si nihil præstiterit, *tradita in l. 4. C. de eden.* quomodo n. verba illa, etiamsi nihil præstiterit sint accipienda, ex casu legis facile colligitur, videlicet quod Reus non teneatur Actori edere propria instrumenta, aut aliam

probationem ſubire, ſed Actore non probante ab inſtituta actione abſolvi debeat. Æquè nihil obſtat, quod ex *l. 7. C. de teſtib.* afferunt, grave & injurioſum eſſe probationes ab adverſa parte petere, nec enim de injuria conqueri poteſt is, cui juramentum defertur, quippe cum hoc modo in cauſa propria Judex, & teſtis conſtituatur, ut dicitur *in l fin. C. de fideicom.* quod deferenti potius, quam ei cui defertur, grave & peniciosum exiſtit; nec etiam præcisè is, cui defertur, juramentum delatum præſtare cogitur, ſed poteſt id deferenti referre, *l. 34. in prin. de jurejur.* aut contraria probatione uti, *cap. 2. ext. de probat.*.

Et hæc de prima Actori oppoſita exceptione. Objiciebatur *ſecundo*, quod ab initio proteſtatus non ſit, de non remittendo alio probationum genere, adeoque eligendo probationem teſtium, delationi juramenti præjudicaſſe, eique tacite renunciaſſe videatur. At ſciendum quod quemadmodum proteſtatio, de iis, quæ tacitè inſunt, facta, nihil operatur, *arg l 3. C. de fidejuſſ. Novell. 99. in prin. verſ. quod ſi & tale aliquid*; ita nec omiſſio proteſtationis præjudicet in iis, quæ ipſo jure competunt: quapropter cum litigantibus ipſo jure permiſſum ſit, intentionis ſuæ fundamentum conſcientiæ partis adverſæ committere, eiq; juramentum deferre *l. 34. §. ait prætor, l. 38. de jurejur. l. 9 Cod. eod.* nec diſtinguatur utrum deferens, intentionem ſuam probare conatus ſit, aut non ſit, utiq; proteſtatione opus non fuit, & facta ſupervacua extitiſſet, in his quæ ipſo jure competunt, nobiſque ſalva ſunt; nec etiam, contra mentem agentium; renunciationes præſumi poterunt, nullis, factæ renunciationis, præſumptionibus extantibus.

Quod *tertiò* Actoris intentio inde elidi voluit, quaſi nimis ſeſerò juramentum detulerit, poſteaquam in cauſa oraliter concludi debuit, & ab adverſa parte jam dum concluſum fuit, quippe quod ſecundum tradita interpretum poſt cōcluſionem in cauſa juramēti delatio à litigatoribus amplius peti nequeat, parum ſtringit, præterquam enim, quod in caſu præſenti, delati juramenti tempore, ab Actore

Actore nondum fuerit conclusum, animadverti debet allegatum interpp. traditionē non esse de juramento, quod à parte parti defertur; sed quod, deficiente probatione, Judex alterutri partium defert, ubi controvertunt interpretes, Num, post conclusionem in causa, à partibus juramenti delatio peti, & Judex juramentum suppletorium, conclusionem demum petitum, deferre possit aliis negantibus, aliis contra affirmantibus *per text. in l. generaliter, C. de reb. cred.* Ex Wesenbec. & Colero quod afferebatur, ad statutum juris Saxonici pertinet , prout se ipsos explicant, & ex allegatis, de jure Saxonico depromptis, patet; De jure communi non desideratur, ut delatio fiat, ante litis contest. nec ullibi prohibetur fieri in termino concludendi, ut ita lege tempus deferendi juramenti non præscribente, nec nostrum sit præscribere, sed arbitrio partium id liberum relinquere.

Quartam & ultimam dubitandi rationem quod attinet, sane non desunt qui putant, delationem juramenti locum non habere, si à deferente nihil planè sit probatum; verum illis rectè cōtradicitur à Castrens. *in seq. 34. §. 6. de jurejur.* Jas. *in l. 38. eod.* Duar. *de injur. c. 2.* Vigel. *2. decis. 25.* Wesenb. *in paratitl. Digest. de injur. nu. 9. & 10* Fachin. *1. contr. 19.* Cum enim certi sit juris, eum cui defertur juramentum litis decisorium causa cadere, si jurare nolit, & verò exceptio ejus, si deferens nihil probavit, controversa existat, nec ulla speciali lege approbata inveniatur, utique admittenda non erit: accedit quod omnes, quibus juramentum adversæ parti deferre permittitur, textus, generaliter & indistinctè loquantur, ut videre est, *ex leg. 34. §. ait prætor, l. 38 de jurejur l. 9. C. eod* facit *l. 12. C. de jurejur.* ubi dicitur quod etiam in principio causæ jusjurandum offerri possit, quo sanè tempore nondum probatum fuit. Idem ex fine & causa juris constituti patet, eam enim ob causam juramenti delatio inventa, & jure comprobata fuit, ut inde probationum defectus suppleatur, ut constat ex c. sicut extr de probationis, ubi Gregor. Pontifex, tum demum ad juramenti remedium recurrendum esse, ait, cum aliæ legitimæ

deesse noscuntur; cui concord. *l.fin.C.de fideicom.* ubi si fideicommissum aliunde probari non possit, hæredi juramentum deferri posse dicitur. Idem, exemplo comprobatur, *in l.35. de jurejur.* ubi si tutor omnibus aliis probationibus destituatur, adversæ parti juramentũ deferre permittitur. Nec firmam concludendi rationem habent, quæ pro contraria opinione adducebantur; prioribus duobus satisfactum suprà, circa primam dubitandi rationem, quas responsiones huc repetitas volumus.

Quod *tertiò* afferebatur *ex c.2.extra.de probationib.* nullius plane est importantiæ; quando enim Actor intentionem suam legitime probavit, superflua esset juramenti præstatio, & calumniosa ejusdem delatio; secus si deferens probatione destituatur, quippe cũ eum in finem juramenti remedium adinventum sit, ut probationum defectus suppleatur, dicente Gregorio Pontifice *in d.c.2.extr. de probationibus.*

Denique nihil habet, virium, quod Judex nec suppletorium, nec decisorium juramentum deferre possit, ubi nihil probatum invenitur: siquidem suppleri non potest probatio, ubi nulla est; nec à juramento, quod Judex defert, inferre licet ad juramentum à parte parti delatum, cum hoc transactionis vim habeat, eique assimiletur *leg.2.de jureiuran.* illud verò non item.

DECISIO DECIMATERTIA.

An quis ducere possit, quam, vivente uxore sua impraegnaverat?

JUVENIS annorum novendecim matrimonio sibi junxerat vetulam, septuagenariam, persuasus ab amicis & divitiis illectus. Conversationis anilis tandem pertæsus, junioribus se associare cæpit, prout plerunque fieri solet, divitiarum causa, quando matrimonia fiunt. Inter alias verò, cum quibus consueverat, civis cujusdam filiam imprægnavit. Incarcerationem veritus solum vertit, imprægnatâ ipsum insequente: moritur vetula, anno à die nuptiarum vicesimo

cesimo secundo; Viduus existens ducere constituit, quam vivente uxore sua impraegnaverat, secumque per multos annos instar concubinae, in alienâ dioecesi habuerat: Quaesitum, An matrimonium hujusmodi, salva conscientia, & jure permittente, concedi queat, maximè cum in animo habeant domicilium ponere, in loco delicti perpetrati, quippe quod inde fuerint oriundi, ibique jus civitatis & bona habeant. Matrimonium hujusmodi minimè ferendum esse, ex eo *primum* dicendum & inferendum videtur, quia cum scandalo caetus Christiani ac offendiculo civium conjunctum, & exẽplo perniciosum est: allicerentur quippe hoc modo & alii uxorum suarum pertaesi ad consimile facinus, nec defuturae sunt ipsorũ utilitati quae pareant, spẽ futuri matrimonii habentes: ansa quoque majoris mali praeberetur, & uxoricidia promoverentur, quid n. non faciat maritus, & quam furtivo complectitur concubitu meretricula, si spem habere possit, contrahendi quandoque invicem conjugii.

Atqui res mali exempli omnimodo vitari, nec in Reipub. ferri debere, tritũ est juris axioma: ad decisiones casuum emergentium multoties adhiberi solitum, sic enim *in l. 74. de judic.* prohibitum, ne is Judex detur, quem altera pars nominatim petiit, quia, ut D. Hadrianus rescripsit, iniqui exempli est, refente ibidem JCto Callistrato. Cui simile est, & ex eodem principio petitũ, quod Acta Adsessoribus referendi causa petentibus per lectores Camerae cõmunicari prohibeantur, *ut videre est in recessu Imperii de anno 66. §. Wir ordnen vnd gebieten.* Sic exemplo perniciosum est, ut ei scripturae credatur, qua quis sibi annotatione propria, debitorem constituit, prout rescriptum legimus à Philippo & Galieno Imperatorib. *in leg. 5. l. 6. l. 7. C. de probat.* Eodem ex fundamento annullantur, & pro invalido habentur, quae quis sibi ipse in testamento adscripsit *l. 15. §. 1. de fals.* Eadem ratione, Ulp. *in l. 25. de procur* non esse ferendum procuratorem respondit, qui sibi ipsi adserit procurationem, cum qui operas suas ultro offert, suspicione non careat.

Eodem etiam respexisse videntur Canones, dũ secundas nuptias improbarunt, illisq; benedici prohibuerunt, nec Presbytero nuptiis

hujus-

hujusmodi interesse permiserunt, prout constitutum & relatum legimus *in c.7. circa fin. & c.8. causa 31. qu.1.* Eò quod transitus ad secundas, ultioresve, nuptias levitatem quandam sapere videatur, & qui tales inire nituntur, priores, congesta quasi terra, obtegere velle videamur, contrà quàm multa brutorum faciant, viduitatem perpetuam colentia, uti argumentatur Leo *in Nov.90.*

Accedit *secundo*, quod de admissis pœnitentia sit agenda: at quomodo verè dici possunt coram Ecclesia testari, seriò sibi displicere crimen, constante matrimonio, commissum, qui rursum inter se (quamvis honestum conjugii nomen prætexentes) conjungi postulant, inquit Beza *in tractatu de divort. & repudiis p.237.* cum eos potius adulterium commissum lugere, omnemque adeo inter se copulam horrere oportuerit.

Præterea, non patitur (inquit *Beza d.loc.*) quodammodo ipsa rerum natura, ut ratum sit conjugium, ab eo ipso, nempe adulterio, incipiens, quo uno rata alioqui conjugia separantur, Cum una eademque causa diversos & contrarios effectus operari nequeat, nec qua re matrimonium dissolvitur, eadem constitui possit.

Quartò matrimonia hujusmodi ex sententiæ Bezæ nihil sunt aliud quàm adulteria, & adulterii quædam continuatio: uti illa appellat *d.tract. p.236.* atqui adulteria omni jure prohiberi constat.

Nec *quintò* matrimonium debet esse velamen, & tegumentum, quo tanta spurcities tega[illegible]r, & vitæ impudicæ pallium quæratur?

Facit *sextò*, quod inter adulterum & adulteram nuptiæ contrahi nequeant, prohibente ita tum civili, tum Canonico Jure; prout de jure Civil. textus est *in l. Claudius 13. de his qua ut indign* de jure Canonico *in princ. & c.1. c.3. causa 31 quæst.1. c super hoc, de eo qui dux. in matrim. quam per adult. poll.*

Quibus accedit autoritas Augustini nuptias hujusmodi graviter reprehendentis pro ut illam *ex libr. 1. de nupt. cap.12. citat Beza d. tractat. de divort. & repud. p. 236*, taxans Gratiani oscitantiam, Augustini dictum, sublata negativa particula, falso referentis *in c. 2. causa 31. quæst.*

31.quaest.1. Atqui adulterium secundum Theologos,non id tantum esse dignoscitur,quod cum alterius uxore committitur, sed & quãdo maritus cum soluta rem habet,monentibus Wesenb. *in paratit. ad l.Iul.de adulter.num.19.* Mentz *in tractat.de conjugio pag.235.* quod idem etiam jure Can.obtinere putatur,per text. *in c.4.causa 32.quaest. 4. & cap.14.causa 32.quaest.5. & cap.significasti,ext.de eo qui dux.in matrimon.quam per adulter.poll. Rubro cum nigro collato,indeque argumento ducto.*

Denique in eandem sententiam pleriq; ex Theologis concedunt, ut inter alios videre est apud Theodorum Bezam *in tractat.de divortio* & repud *pag.235.cum seqq.* quem allegat & sequitur Mentz *in tractat.de conjugio p.110.*

At his non attentis,nuptias in proposita facti specie,salva conscientia,salvoque jure concedi,insuper & novis nuptiis cohabitationem in civitate Patria, unde discesserant, licitè permitti posse, in Facultate nostra,ad consultationem magistratus,sub cujus jurisdictione casus contigerat,anno superiori responsum memini,per tex. *in c.significasti,de eo qui dux.in ux.quam per adul.poll.* ubi cum civis quidam Spoletanus mulierem, cum qua stante matrimonio,consueverat,post mortem uxoris suæ sibi desponsare constituisset, id ipsi permitti posse à Pontifice rescriptum legimus modo in mortem uxoris prædefunctæ nihil sint machinati, nec priori uxore vivente, fidem sibi dedissent, de matrimonio post mortem uxoris contrahendo. Significasti nobis (inquit Innocent.ad Episc Spoletanum) quod cum civis Spoletanus quandam mulierem duxit legitimè in uxorem,eâ relictâ,cuidam meretrici adhæsit, verùm cum uxor ipsius esset viam universæ carnis ingressa, meretricem, cui adhæserat desponsavit,Nos igitur inquisitioni tuę taliter respondemus,quod nisi alter eorum in mortem uxoris defunctæ quicquam fuerit machinatus, vel ea vivente fidem sibi dederint, de matrimonio contrahendo,legitimum judices matrimonium supra dictum.

Eandem decisionem nostro quoq; casui rectè accommodari

V spontè

sponte patet, cum non tantum illæ, quas in casu supra dicto Pontifex attendit, circumstantiæ, sed & majores longeque urgentiores illi inesse inveniantur, idem etiam juri divino convenire Melanchthon, & alii nonnulli ex Theologis scriptum reliquerunt, adducto eam in rem exemplo Davidis & Bethsabeæ *2. Sam. 11.* Exemplum Davidis, inquit Melanchthon, ostendit, inter adulterum & adulteram conjugium posse concedi, & hac ἐπιεικείᾳ Judex nunc quoq; uti potest, præsertim, cum Politici magistratus adulterium non puniunt, & Deo valde displicent vagabundæ commixtiones. *Ita Melanchthon* secundũ quem in præsenti facti specie idem multò magis dicendum, cum illic agatur de adulterio in specie ita dicto, ubi maritus cum alterius uxore consuevit, & morte expiandum delictum perpetravit, hic verò de casu longè leviori, ubi juvenis, relictâ vetulâ septuagenariâ, juvenculæ sese associavit, cujus pœna est pecuniaria, vel alia arbitraria, mitior morte. At Melanchthoni, & qui post ipsum exemplo Davidis moventur, respondet Beza, non est, ait loco superius allegato, cur nos moveat Davidis exemplum, qui Bersaben duxit, ipsius etiã marito proditoriè occiso; Quis enim, si hoc imitatur, non meritò puniatur, nedum, ut hoc exemplo niti possit cujusquam conscientia. *Hæc Beza.*

Et sanè allegatum Davidis exemplum minimè ad imitationẽ trahi posse, apertè constat ex fine dicti capitis 12. ubi factum illud valdè Deo displicuisse additur, prout & per Nathanem Prophetam summopere ob id incusatus fuit, morte ipsi indictâ, ut videre est *d. cap. 12. versic. 9. cum seq.*

Quare, misso Davidis exemplo, sufficiet nobis superius allata juris Canonici decisio, quippe cum in decidendis causis spiritualib. cujusmodi sunt etiam causæ matrimoniales, ex jure Canonico decisiones peti debeant, prout cõis est omniũ theorica in foro & judiciis observari solita, si jure Canon. decisa sacris literis nõ contrarientur, prout in casu præsenti nihil invenitur, cujus contrariũ jure divino sit dispositum. Imò, cum Deo valdè displiceãt vagabundæ cõmixtiones, omnis honesta quærenda est ratio, quâ inde abeatur, & ad licitum

citũ vitę genus errantes pmoveātur, id qđ fit, si quæ turpi libidine prius cognoscebatur cōjugali postea affectu haberi & tractari permittatur, vagabunda illâ cōmixtione in honestā vitę societatem cōmutatā. Nec audiemus reclamitantē Bezam: cōcedit sanè honestè duci & cōjugialiter porro tractari posse, quæ turpi libidine prius cognoscebat, si nimirū in cōcubinatu antea fuisset habita, vel p simplicē scortationē cognita, utraq; personâ liberâ existente, nec ulli alii obligata; aliud obtinere, putās, si alterutra illarū, alii antea vinculo matrimoniali, cōcubitus tēpore, obligata extitisset; Nā q scortantur, inqt, quāvis ritè inter se non copularentur, tamen quoniā alioq nulli alii sunt obstricti, ideo possunt postea vitiū, qđ in ejusmodi copula, malo initio fuit, per Dei gratiā corrigere, at in adulterio (sub quo etiam d. loco cōprehendit, quando maritus cum persona libera rem habet) non defectus aliquis inest, qui postea possit emendari sed nihil est pter horrendū crimen, qđ meritò coram Ecclesia detestandum & abjurandum, non verò continuandum; At licet illud Bezæ objectum aliquam rōem habere videatur, in adulterio in specie ita dicto, & qđ lege Julia ita habetur, & vindicatur, nihil tamen subest, quod in casu proposito illam animorum cōmutationem inhibeat, & quo minus à turpi cōjunctione, ad honestū placitū nuptiarū transitus fieri possit impediat; nō impedit vinculū, quo mas uxori suæ devinctus erat, qppe morte solutū; nec publica honestas, ut cū quæ antea læsa erat hoc modo restituatur; nec scandalū cętus Christiani aut offensa civium, cū quod antea fuit scandalū modo tollatur, & cives offendi desinant, vita libidinosa in honestum conjugium commutata.

Præter textum, quo, ut ita responderimus, moti fuimus & qui solus ad decisionem sufficit attendiq; debet, subsunt rationes nō improbabiles, quibus in casu proposito nubendi facultas permitti suadetur; suadet id amor liberorū ante natorum, quos legitimos fieri unicè studuerūt legislatores. ut videre est *in cōsti. l. 5. & t. t. C. de nat. lib.*

Suadet personæ violatæ ratio, quo seducta in viam reducatur, ne pejus ruat.

Suadet imparitas conjugii prioris inter juvenē annorum noven-

decim, & vetulā septuagenariam; Etsi enim à jure veteri, quo tales personæ conjungi prohibeantur, postea sit recessum ut videre est *apud Vlp. in fragm. tit. 17.* & Justin. *in l. 27. C. de nupt.* Cum tamen finis conjugii in hujusmodi personis haberi nequeat, societas hujusmodi vix conjugii nomen merebitur, si ex fine & effectu rem æstimare velimus.

Suadet denique, quod de qua agimus vetula, prior conjux, ob nimiam senectam ad conjugium planè inhabilis fuerit effecta, conjugales amplexus morosè renuens & fastidiens, ut ita juvenis maritus, quoad conjugales amplexus, uxore destitui & quodammodo solutus fuisse videatur.

Nec, quæ contra permissionem hujusmodi nuptiarum adductæ fuerint dubitandi rationes, tanti nobis momenti esse videntur, ut inde Judex in contrarium moveri debeat, pro ut ex singulorum objectorum refutatione constabit: *Principio* verò illud cum primis attendi volumus, dissentientes non tam legibus quam rationibus, argumentis topicis, & sententiis generalissimis pugnare, contrà quàm jura nostra præcipiunt, & judici faciendum præscribunt; ab ea parte, inquit Paulus *in l. 5. de probat.* quæ dicit adversarium suum aliquo jure prohibitum esse, specialiter, lege vel constitutione id probare oportet; siquidē ex regulis jus non sumitur, ut ait idem *Paulus in leg. 1. de regul. iur.* quibus verbis significatum voluit, ex generalibus illis rationibus, seu regulis & sententiis generalissimis, quales continentur sub titul. de regul. juris, non posse dari actionem, exceptionem, aut aliud jus, nisi speciali aliqua lege adjuvetur; Quod idem constat *ex l. 64. §. de viro, solut. matrim.* ubi Paulus, in quibus, inquit, casibus lex deficit, nō erit nec utilis actio danda, qua de re cum pluribus actum fuerit supra, circa resolutionem quæstionis, An & quatenus vera sit vulgata practicorum Theorica, quâ intentionem suam fundatam habere dicitur, qui regulam pro se habet, ibi dicta huc repetita, & illuc nos remissos volumus, ne acta agamus.

Deinde singulariter & illud attendi debebit, pro decisione Facultatis

cultatis nostræ superius relatâ, specialem extare constitutionem, Pontificis Innocentii *in cap. significasti, extr. de eo qui duxit in matrimonium, quam per adulter. poll.* ubi cum civis quidam Spoletanus constituisset mulierem, cum qua stante matrimonio cōsueverat, post mortem uxoris suæ sibi desponsare, id ipsi permitti debere Pontifex rescripsit, modo in mortem uxoris prædefunctæ nihil sint machinati, nec priori uxore vivente, fidem sibi dedissent de matrimonio post mortē uxoris contrahendo; clara & aperta est illa Pontificis constitutio, in terminis terminantib. ut nostri ajunt concepta. Quare missis argumētis topicis secundū constitutiones quas habemus judicare debebimus, nec enim contra leges ratio disputandi quicquam valet, non lex rationibus, sed ratio legi cedat necesse est, si modo certum & finitum jus habere velimus, per ea quæ de autoritate regularum & argumentandi rationibus, An & quatenus à Jureconsf. attendi debeant, pluribus supra diximus.

Nec impedimento erit, quod Pontifici legum ferendarum potestatem denegant, siquidem in foro & judiciis receptum, ut in decidendis causis spiritualibus, cujusmodi sunt etiam causæ matrimoniales, jus Canon. attendatur, indeq; decisiones petantur si jure Canonico decisa sacris literis non contrarientur, prout in casu *d.c. significasti*, nihil deprehenditur; quod juri divino contrarietur, vel aliter eo jure sit dispositum.

Quibus attentis, non difficile erit ad singula objecta responsionem dare, & ab impugnationibus aliorum, factam decisionem salvare.

Quod enim *primò* adferebatur, res mali exempli omnimodo vitari, nec in Republic. ferri debere, generale illud nostrorum pronunciatum, ad decisionem casuum emergentium, non sufficit, speciali lege vel cōstitutione opus erit *d.l.5. de prob. & præsump. l.6. de pact.* Atqui talis dari nequit cōstitutio, qua viduus ꝓhibeatur ducere mulierem, quā vivente priori conjuge, imprægnavit, liberâ illa existente, nec ulli alii vinculo conjugali obligata; de qua facti specie nobis sermo est; unde manebimus in regula, nuptias hujusmodi permit-

tentes, exceptione non monstrata. Exempla pro confirmatione majoris propositionis adducta, quantum attinet, autoritate legum & constitutionum illa subnixa esse videmus, alioquin constitutionibus deficientibus nobis non licuisset, propterea quod res mali exempli esse videatur, pro jure illa venditare; ut taceam, nō esse cujusvis judicare, mali exempli quæ sint, vel non sint, ut inde jus constituatur, sed pertinere ad eum solum, penes quem est legis ferendæ potestas. Minorem quod attinet, negamus nuptias hujusmodi cū scandalo cœtus Christiani, ac offendiculo conjunctas esse, vel inde honestatē publicam lædi, quippe cum antea læsa hoc modo restituatur, & quod antea fuit scandalum tollatur, civesque offendi desinant, vita libidinosa in honestum conjugium commutata. Nec dici potest exemplo perniciosum esse, hujusmodi nuptias admitti, cum enim non permittantur, quando in mortem prioris conjugis quid fuit tentatum, vel quando constantē adhuc matrimonio priore, intervenit aliqua promissio de posteriore incundo *d. c. significasti*, utique eo ipso omne quod alioquin timeri potuisset periculum amovetur & præcavetur, ne cogitatione futuri matrimonii, mariti uxorib. vel vicissim uxores maritis mortē machinentur, nec tā facile invenientur, maritis quæ se substituant matrimonii spe sublata, nec admisso conjugio, si fides, constante adhuc matrimonio priore data sit, cum sola impraegnatio non faciat, ut impraegnata ducatur, sed impraegnanti liberum sit impraegnatam vel ducere vel dotare *cap. 1. cum seq. extr. de adu't.* & hæc de prima ratione dubitandi.

Secundum quod attinet, non video, quid obstaculo sit, quo minus verè dici possint coram Ecclesia testari, seriò sibi displicere crimen constante matrimonio commissum, qui vita priori deplorata conjugaliter cōjungi postulant, quippe cum contritionem nova sequatur obedientia, delinquentium conscientia sanetur, Ecclesia placetur, in viam seducta reducatur, & liberi illegitimè nati legitimentur.

Nec fidem nobis faciet Beza, Nuptias de quibus agimus, ab ad-

ulterio ceu causa procreante dependere, prout *tertiũ* ex ipso desumptum objectum habet. Noverit ille primum, non adulterii, sed stupri speciem esse, quando maritus cum soluta rem habet: deinde stuprum pro causa nuptiarum inter stupratorem & stupratam initarũ minimè venditari posse: occasio sanè nuptiarum subsecutarum inde venit, quod ducenda per stuprum antea sit cognita, & impraegnata, quo seducta hoc modo in viam reducatur ne pejus ruat, & ut liberi nati legitimi efficiantur; at occasionem inter causas referri non posse, ex Logicis novimus : unde sponte corruit argumentum ex loco caussarum petitum, quod una eademq; causa diversos & contrarios effectus operari nequeat, quippe negatur adulterium vel stuprum pro causa nuptiarum subsecutarum haberi posse.

Multò minus nobis persuadere patiemur, nuptias casus propositi in adulterium incidere, & esse adulterii quandam continuationẽ, prout *quartò* ex eodẽ Bezæ regerebatur. Nuda est assertio, omni fundamento destituta. Pro adulterio quid haberi possit vel debeat, non est privati determinare; ex jure omne illud repetendum venit, at nullibi adulterii causis, exemplis, & speciebus annumerari legimus, si viduus ducat ancillam vel aliam quam mulierem solutam, antea per stuprum priore uxore vivente cognitam; imò nec id inter adulterii causas & species relatum, quando maritus post mortem conjugis, alterius uxorem, quam vivente marito compresserat, eo mortuo ducit, sicque inter adulterum & adulteram in specie ita dictos, matrimonium fit. Nec verè dici potest matrimonium subsequens esse velamen, & tegumentum, quo scortatorum spurcities tegatur & vitæ impudicæ pallium quæratur, prout *quintò* objici voluit; contrarium loquitur res ipsa, ostendunt causæ quibus movetur viduus, ut sibi jungat quam antea impraegnarat, seriò rem agi, nec solius libidinis continuandæ causæ matrimonium quæri, de quibus supra diximus.

Quod *sextò* objiciebatur, inter adulterum & adulteram nuptias contrahi non posse, adductis eam in rem, tum ex civili, tum Canonico jure, textibus, non parum primo intuitu obstare videtur;

At tum

At ruminabimus & repetemus primo ex *supra dictis*, utroque jure, tum civili, tum Canonico, accuratè inter stuprum & adulterium distingui, ita ut adulterium non sit, nisi quando alieni thori violatio subest; de Jure civil. textus sunt *in leg. 6 §. lex stuprum, ad leg. Iul. de adult. l. stuprum 34. § fin. eod. leg. inter stuprum 101. in prin. de verb signif.* de Jure Canon. evidens extat textus *in c. 2. causa 36. quæst. 1.* ubi consimiliter adulterium alieni thori violatio definitur, & à stupro, quod cum soluta committitur, accuratè distinguitur; licet aliàs in genere & παχυλῶς loquendo omnis illicitus coitus pro adulterio reputetur & nominetur quo pertinent Canones circa argumenti propositi inductionem allati

Deinde, quod inter adulterum & adulteram nuptiæ prohibitæ dicebantur, per textus utroque ex jure tũ civili tum Canon. adductos, limitatur & distinguitur, si nihil in mortem defuncti sint machinati, neque de futuro matrimonio tractaverint, tunc enim actâ pœnitentiâ de commisso adulterio, adulter & adultera jungi permittuntur *cap. 3. in fin. cap. 4. c 5. c. 7. caus. 31. quæst. 1. cap significasti, ext. de eo qui dux. in matrim. quam per adulter. poll.* quibus adde in terminis Jacob. Tomingium Professorem quondam Lipsensem in decisionibus quæstionum illustrium, *decis. 28. n 7.*

Autoritates *ultimo*, adductas quantum attinet, breviter sciendum, non eandem omnium Theologorum hac in parte esse sententiam, plerisque distinguentibus & limitate respondentibus; ut taceam autoritates vim legis non habere, & facile autoritates autoritatibus posse refutari.

Atque ita manet, nuptias in casu proposito, salva conscientia, salvoq; jure concedi, nec prohiberi supplicantem du- cere fœminam, quam, vivente uxore sua, imprægnaverat.

DECI-

DECISIO DECIMA QVARTA.

De Sponso duarum. Quanam ducenda sit ex duabus, diverso tempore, desponsatis & impraegnatis?

JUVENIS quidam rusticus secreto sibi quandam puellam vicinam desponsaverat, nullis adhibitis testibus, nec consuetis solennitatibus; insuper eandem impraegnaverat; aliquo tēpore post, idem aliam ejusdem loci puellam desponsavit, sibi publicè solenniterque, datis arrhis, epulis institutis, adhibitis amicis, aliisque intervenire solitis solemnibus; amore incensus eandem quoq; cōpressit & impraegnavit. Prior sponsa posteriorem desponsationem fieri scivit, vidit, choreis interfuit, saltavit, nec verbo contradixit, aut de jure suō protestata fuit. Atqui animadvertens se gravidam esse, querelam instituit, compressorem in maritum petit; Reluctatur sponsa posterior. Quaeritur, quamnam ex duabus illis sibi desponsatis, & insuper impraegnatis, ducere teneatur, nec enim ob prohibitam polygamiam, ambas ducere vel ab utraque propter scandalum & offendiculum abstinere licuit.

Pro posteriori desponsatione respondendum, & posteriori sponsae sponsum hunc nostrum adjudicari debere dicendum videbatur.

Prout enim alias pacta novissima prioribus derogant, & quod ultimò placuit attenditur, *l. pacta, C. de pact. l. 7. §. adeo autem, l. ab emptione 57. ff. eod. §. fin. Instit. quib mod. toll. oblig. §. 2. Instit. quibus modis testam. infirm.* ita & sponsalia priora per posteriora tolli, & ultima praeferri juri Canonico placuit; Quod enim sponsalia semel inita rata haberi & deductione in domum consummari debere jure Canonico praecipitur, id eodem jure limitatur & distinguitur, nisi sponsus postea cum alia, vel sponsa cum alio sponsalia vel nuptias contraxerit, *text. in c. ex literis, extr. de matrimon contra interdictum eccles. contr.* ubi Papa Alexand. secunda matrimonia inviolabiliter observari de-

bere rescripsit, utcunq; sponsus contra prohibitionem & interdictum ecclesiæ, sub anathematis interminatione, de non contrahēdo ulterius, factum, ad secunda vota trāsierit, solâ pœnitentiâ contravenienti sponso indictâ. Concord. tex *in c. 1. de sponsa duarum*, ubi Augustinus, si aliquis, inquit, alicui mulieri fidem fecerit pactionis, non debet aliam ducere, si aliam duxerit, pœnitentiam debet agere de fide mentita, maneat tamen cum illa quam duxit; non enim rescindi tantum debet Sacramentum; Idque adeo verum putatur, ut licet priora sponsalia sint jurata nihilominus tamen per subsequens matrimonium dissolvantur, asserente Covarruv. *de sponsalibus. cap. 5.* Et hæc de primo posterioris desponsationis fundamento.

Secundò pro posteriori contra priorem sponsam strenuo militare videtur, quod prior sponsa posteriorem desponsationem fieri sciverit, viderit, choreis interfuerit, saltarit, nec verbo contradixerit, aut de jure suo protestata fuerit, sed re & facto omnia approbarit, & juri suo renunciarit; prout cuilibet liberum est juri, & actionibus sibi competentibus renunciare *l. pactum 46. in fine, de pact. l. si quis 39. C. eodem, l. si quis 39. C. de episcop. & cleric.*

Nec inter est tacitè vel expressè id fiat, quippe cum conventiones non minus re & facto, quam verbis fiant, & eadem utriusque sit efficacia, effectus idem, *l. 2. l. 3. l. 4 l. 27. §. si acceptilatio, l. 30. §. qui pecuniam, l. qui in futurum 56. de pact. l. 2. C. eodem.* prout & alias tacita & expressa per paria censentur, & æquiparantur, referente post alios Boer. *decisi. 284. num. n. 14.* Et ne generalibus inhærere & inniti videamur, de sponsalibus, & quod illis licitè renunciari possit, textus sunt *in l. 2. §. 2. ff. de divor. & repud. l. 2. in fin. C. eodem. l. 1. C. de sponsalib. c. 2. c. 29. extr. de sponsalib.* adeo ut licet priora sponsalia fuissent jurata, ab illis tamen recedere liceat per textum apertum *in cap requisivit 17. extr. eod. m.* ubi Lucius Tertius Rapalensi Episcopo, requisiuit à nobis tua fraternitas, qua censura, mulier compelli debeat, quæ jurisjurandi religione neglectâ, nubere renuit, cui se nupturam,

ram,

ram, interposito juramento, firmavit; Ad quod breviter respondemus, quod cum libera debeant esse matrimonia, monenda est potius, quam cogenda mulier resilire volens, cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere. Cui concord. *cap. 5. eodem.* ubi Alexand. Tert. Panormitano Archiepiscopo, de illis, inquit, qui præstito juramento promittunt, se aliquas mulieres deducturos, & postea, eis incognitis, dimittunt terram, se ad partes alias transferentes, hoc tibi volumus innotescere, quod liberum erit mulieribus istis (si non amplius in facto est processum) ad alia se vota transferre, receptâ de perjurio pœnitentiâ, si per eas stetit, quo minus fuerit matrimonium consummatum; maximè verò id obtinebit, si mutuo consensu contrahentes à priori placito abeant, *argum. l. nihil, de regul. jur. leg. 7. §. adeo autem, l. ab emptione 57. de pact. l. 8. l. 12. C. eod. l. 3. l. 6. §. fin. de contrahen. empt. §. fin. Instit. quibus mod. toll. oblig. §. praterea, Instit. de except. cum similib.*

Quapropter cum in casu præsenti mutuo utriusque consensu, si non aperto, tacito tamen, à priori desponsatione sit recessum, ac sponsus, ducendo aliam, priori conventioni haud obscure renunciarit, tum quoque ipsa sponsa renunciationem hujusmodi sua præsentia & taciturnitate approbarit, pro posteriori desponsatione, contrà priorem, omninò pronunciandum videtur. Quo faciunt, quæ de transactione sponsalium ejusq; validitate disputant, & concludunt JCti Marpurgenses *conf. 15. 291. vol. 1.*

Tertiò posterior desponsatio, vel ideo præferri debebit, quod publicè, & solenniter, missis procis, datis arrhis, epulis institutis, adhibitis amicis, & aliis intervenire solitis solemnibus, fit peracta, prior verò secreto & clandestino, nullis adhibitis testibus, nec consuetis solennitatibus, facta. Atqui clandestina conjugia fieri non debere, & facta irrita censeri, hinc inde jure Canonico cautum, & constitutum videmus constituit, & sanxit ita, Evaristus Papa, ut refertur *in princ. & cap. 1. causa 30. quæstio 5.* Hormisda *in cap. nullus, dict. quæst. 5.* Nicolaus *in cap. Nostrates 3. ibid.*

Nicolaus *in c.nostrates 3.ibid.*Leo *in c.nullum eod.*Alexander Tertius *in cap.quod nobis 2.de clandestina desponsat.* Innocentius Tertius *in cap. 3.eodem.*

Hæc sunt,quæ pro posteriori,contra priorem sponsam militare videntur argumenta; At iis non attentis contra posteriorem, pro priori sponsa,responsum memini,per text. *in c.veniens 15.extr.de sponsalib.* ubi cum quis duabus fidem matrimonialem dedisset, & utramque simul compressisset, & quæreretur, quamnam ducere teneatur, Papa Alexander Tertius, mandamus,inquit,ad Episcopum Papiensem,quatenus si inveneris, quod primam,post fidem præstitam,cognoverit, ipsum cum ea facias remanere,alioquin secundæ adhærere facias,ut uxori: Idem multò magis in casu præsenti dicendum,quippe cum in casu adducti capituli, priori sponsæ fides de futuro,at in casu nostro, de præsenti data sit, argumento à minori ad majus ducto,Idem probatur per text. *in c. 30.eod.titul.*ubi Gregorius Nonus, is inquit, qui fidem dedit mulieri super matrimonio contrahendo, carnali copula subsecuta,etsi in facie ecclesiæ ducat aliam,& cognoscat,ad primam redire tenetur, nec quod de facto post modum est subsecutum,verum censebitur matrimonium.

Accedit *c.31.eod.*ubi idem Papa,si inter virum,inquit,& mulierem legitimus consensus interveniat, de præsenti, ita,quod unus alterum mutuo consensu,verbis consuetis expresso, recipiat,utroque dicente, ego te in meam recipio,& ego te accipio in meum, vel alia verba consensum exprimentia de præsenti,sive sit juramentum interpositum, sive non, non licet alteri ad alia vota transire:quod si forte fecerit,secundum matrimonium de facto contractum, & si sit carnalis copula subsecuta, separari debet,& primum in sua firmitate manere. Idem apertè constitutum legimus *in c.accepisti,c.licet,c.ult.extr.de sponsa duorum.*

Confirmatur *deniq;* hæc nostra sententia Responso Jureconsultorum Lipsensium,quod refert Matthias Color. in decisionibus suis,*decis.3.*ubi si sponsus desponsatam sibi imprægnet, & aliam deinde carnaliter cognoscat sibique in facie ecclesiæ copulari procurer,

ret, ad primam tamquam desertam, responso JCtorum Lipsensium redire jubetur; quod utique nostro casu multo magis obtinebit, quippe cum posterior nostra, sponsa nondum in facie ecclesiæ sit copulata, nec benedictio sacerdotalis dicta.

Nec quæ pro posteriori sponsa adductæ fuerunt rationes, tanti sunt monenti, ut inde Judex in contrarium moveri debeat. Quod enim *primò* attinet generale illud, pacta novissima prioribus derogare, & quod ultimo placuit, attendi debere, ad casum præsentem accommodari nequit, tum quod de mutuo sponsi sponsæque prioris consensu à desponsatione recedere volentium non cõstet; tum quod in causis spiritualibus, cujusmodi etiã sunt causæ materiales, pacta ejusmodi fieri nequeant *c.4.c.ult. de pact.c.7.de transact.c.ultim. vers.exceptis, eod.* qui textus posterior in specie de matrimonio loquitur, & in causis matrimonialibus hujusmodi conventiones, quibus à priori placito recedatur, apertè improbat.

Accedit, quod res non amplius sit integra, quo casu non attenditur id, quod ultimo placuit *§.fin. Institut.quibus modis toll oblig. l.7.§.6.leg.57. de pact.* & jus priori sponsæ quæsitum, quod ipsi invitæ per transitum ad alia sponsalia auferri non potuit *l.non debet 74. leg. nemo 75. l.factum 197. de reg.iur. l.solvendo 38. de pact. l. paterfamil. 42.de hared.instit.* Quod secus est in casu *objecti paragraphi secundi Instit.quibus mod.test.infirm.* ubi quod posterior voluntas attenditur neglectâ priori, mirum videri non debet, cum solius testatoris voluntate, res illa peragatur, nec per priorem dispositionem ulli alicui jus quæsitum dici possit. Nec indistinctè obtinet, quod ex jure Canonico adducebatur, sponsalia priora, per posteriora tolli, & ultima præferri: Non obtinet, in sponsalibus de præsenti, per text. *in c.2.ext. de sponsa duorum*, ubi pœnitentia injungitur illi, qui alterius sponsam de præsenti, in uxorem accepit, addito, quod in uxorem nullatenus illam habere possit. Concordat text. *in cap.additur 13.c.desponsatam 27 cap. ultim.causa 27.quæst.2.* & ext. *in princ. cum c seq causa 31. quæst* 3. adeo, ut licet posterior sponsa carnaliter sit agnita, idem tamen obtineat,

nec priora ſponſalia de præſenti, per ſubſequentia, utcunque copula carnali corroborata, infirmentur per text. evidentes *in cap. licet, 3. & ultim. de ſponſa duorum c. ſi inter 31. extr. de ſponſalib.*

Prætetea, quod dictum, ſponſalia priora, per poſteriora tolli, & ultima præferri, non obtinet, ſi copula carnalis prioribus ſponſalibus (etiam de futuro contractis) ſupervenerit, *cap veniens 15. c. is qui 30. extr. de ſponſalibus.* Atqui, utraque limitatio in caſu præſenti obtinet; agimus quippe de ſponſalibus de præſenti contractis, & inſuper etiam carnali copula confirmatis, ut ita regula objecta, qua dicebatur, ſponſalia priora per poſteriora tolli & ultima præferri in caſu nobis propoſito officium ſuum perdat, ut loquitur Paul. *in l. 1. de reg. iur.*

Quibus attentis, non difficile erit reſpondere ad textus pro poſterioribus ſponſalibus, quaſi illis priora tollantur, & ultima pręferantur adductos; loquitur quippe utrumque ex jure Canonico allatum capitulum, in ſponſalibus de futuro: illis per alia poſtmodum ſubſecuta derogari, & ultima præferri diximus, & dicitur in oppoſitis capitulis.

De capitulo *ex literis extr. de matrimon. contracto contr. interd. eccleſ.* conſtat id, præter ſummarium illi præmiſſum, tum ex diſputatione partium litigantium, tum ex reſcripto Pontificis; Ex diſputatione; diſputatum quippe, & utrinq; litigatum fuit, Num priora ſpōſalia fuerint de præſenti, an de futuro, quorum illud ſponſus, hoc verò ſponſa aſſerebant. Ex reſcripto Pōtificis; quippe cum ſub conditione & qualificatè poſteriora ſponſalia comprobet, & illa ſervari velit, ſi nimirum priora, non de præſenti, ſed de futuro ſint inita, prout proponebatur mandamus, inquit, ſi nihil conſtiterit, quod impediat præter conſenſum de futuro, qui inter præfatos R. & M. aſſeritur præceſſiſſe, ſecunda matrimonia inviolabiliter obſervanda judicetis.

Eodem ſenſu exaudiri debet *c. 1. extr. de ſponſa duor.* cum in dijudicanda prærogativa, in ſponſalibus ſucceſſivè contractis, apertè diſtin-

diſtinguatur, inter fidem pactionis & conſenſus, ita ut ſi quis ſucceſſivè per verba de præſenti, cum duabus contrahat, teneatur adhærere primæ, ſin verò primo contraxiſſet per verba de futuro, & poſtea per verba de præſenti, ſecundam ducere jubeatur; Qua diſtinctione, quæ fit inter fidem pactionis, & fidem conſenſus, nihil aliud innuitur, quam quod alibi inter ſponſalia de præſenti, & ſpõſalia de futuro, diſtinguitur, prout diſtinctio illa præter textus ſupra adductos, apertè habetur *in c. 3. ejuſdem tituli*, ubi Papa Alexand. priora ſponſalia, per ſubſequens matrimonium etiam carnali copula conſummatum, tolli negat, ſi priora Sponsalia non de futuro, ſed de præſenti fuiſſent.

Quo modo etiam quæ ex Covarruv. circa inductionem primi pro poſteriori ſponsa allati argumenti adducebantur accipi debẽt, videlicet de Sponsalibus in ſpecie ita dictis, & quæ alias de futuro appellantur. Quod n. attinet Sponſalia de præſenti, indubitate illa poſterioribus præferuntur, ſive juramentum ſit interpoſitum, ſive non, *c. 31. extr. de ſponſalibus*, ut taceam, tum demum illud Covarruviæ pronunciatum obtinere, ſi poſteriora Sponsalia fuerint de præſenti *c. 31. in fin. de ſponſalibus*, alioquin ſi utraque ſint de futuro, priora jurata poſterioribus præferuntur, *cap ex literis 10. cap. ſicut 22. verſ. quod ſi forte. de ſponſalib.*

Et hæc de primo poſterioris Sponſæ fundamento. De renunciatione, quod *ſecundo* affertur, nec inde prioris ſponsæ, petitionem elidi poſſe, ex ſupra dictis patet. Diximus, in cauſis ſpiritualibus, cujuſmodi etiam ſunt cauſæ matrimoniales, pacta & conventiones locum non habere *c. 4. c. ult. de pact.*

Idem in ſpecie de cauſis matrimonialibus, & quod in illis non valeant conventiones, quibus à priori placito recedatur, traditum habemus *in capit. ultim. de tranſactionibus*, ubi tranſactiones de cauſis matrimonalibus fieri prohibentur. Nec quæ de transactione Sponſalium, ejusque validitate ex conſilio Marpurgenſium *15. volum. prima*, adducta fuerunt, ad noſtrum caſum accom-

accommodari poterunt, nobisve obstabunt; loquuntur illi, de casu dubio & incerto, quando non constat, an matrimonium sit contractum, ut ita transactio non fiat de matrimonio ipso, sed super metu litis, quæ circa matrimonium moveri voluit. At in nostro casu de fide matrimoniali, an data sit, nullum subest dubium, constat id ex propria rei conventi confessione, ut taceam, non sine causa dubitari, Num transactioni locus esse possit, in casu ubi promissio matrimonii ab una parte asseritur, ab altera verò negatur, quippe cum generalitas verborum *d.c. ult. de transactionib.* ejusmodi restrictionem & interpretamentum non admittat, nec etiam transactio sit, nisi de re dubia & incerta *l.1. de transact. l.2. C. eod.*

Quod cum ita sit, ac ne mutuo quidem utriusque contrahentis consensu, verbis apertè declarato à priori placito matrimonii recedi possit, nihil utique priori nostræ sponsæ obstabit, quod posteriorē desponsationem fieri sciverit, viderit, choreis interfuerit, saltarit, nec vel verbo cōtradixerit, aut de jure suo protestata fuerit cum nec expresse consentire, & priori desponsationi renunciare potuisset, ut ita quod per expressum fieri nequit, id nec tacite fieri permittatur, cum tacitum & expressum, per paria censeantur, nec major vis tacito, quam expresso inesse possit. Quapropter cessabit hoc nostro casu, vulgata juris theorica, quod cuilibet liberum sit, juri, & actionibus sibi competentibus renunciare; cum jura nostra, renunciationes, & transactiones, in spiritualibus ac matrimonialib. causis, plane improbent, nec fieri permittant, uti præter superius dicta patet *ex c.9. c.31. ext. de sponsalib.*

Nec obstant, quæ de sponsalibus, & quod illis licite renunciari possit, ex jure, tum civili, tum Canonico, allata fuerunt, Distinguendum, inter sponsalia de futuro, & sponsalia de præsenti: Illis renunciare licet *d.l.2. §.2. de divort. & repud. l.2. C. eod. l.1. C. de sponsal. c.2. c.5. c.17. c.29. extr. eod. his*, non item *c.9. c.31. de sponsalib*, Id quod de jure civili, nullam dubitationem habet, cum sponsalia de futuro propriè sint sponsalia juris civilis, & nominatis sponsalibus, nulla intelligantur

alia,

alia, quam quæ futurarum nuptiarum promissionem continent; *l. 1. & tot. tit. de sponsalib.* nec etiam de jure Canonico dubitari debebit, cum apertè ita distinguat Pontifex Gregorius Nonus *in c. licet, extr. de sponsalib.* juxta quem textum alii, si qui fortè indefinitè sint concepti, exaudiri debebunt.

Deniq; priori desponsationi non obstat, nec posterior inde prerogativam habebit, quod publicè & solenniter, missis procis, datis arrhis, institutis epulis, adhibitis amicis, & aliis intervenire solitis solemnibus, sit peracta, prior verò secretò & occultè, nullis adhibitis testibus, nec consuetis solennitatibus, facta; siquidem, quoad desponsationem ipsam, ejus formam, & substantiam, nihil interest, secretò, vel palam illa fiat, modo de illa vel confessione contrahentium, vel aliunde constet *cap. 1. de clandest. despons.* Nec huc pertinet, quod jure Canonico clandestina conjugia fieri prohibentur, & facta pro irritis habentur; Agitur in adductis capitulis, de ritu ac solennitatibus, in contrahendo conjugio necessariis, & inter alia precipitur, ut fiant publice in facie ecclesiæ, præcedente trina denunciatione, & subsequente benedictione sacerdotali; occultè facta improbantur; nullum sine dote fiat conjugiũ, nec sine publicis nuptiis, quisquam nubere, vel uxorem ducere præsumat, inquit, Leo Papa, *in c. nullum causa, 30. quæst. 5.* Unde & Innocentius Tertius in concilio generali constituit, ne quis sacerdos clandestinis conjugiis, extra ecclesiam privatim ineundis, intersit, uti refertur *in cap. 3. extr. de clandestin desponsat.* De sponsalibus tale quid, constitutum, nullibi legitur; sufficit illa facta fuisset, de factis constare posse *d. c. 1. de clandest. desponsat.* Adhæc, licet clandestinæ nuptiæ, constitutionibus adductis prohibeantur, nec fieri permittantur, si tamen mutua confessione de illis constet, recipiuntur, & ratificantur, *c. 8. c. 9. c. 11. causa 30. quæst. 5. c. quod nobis 2. extr. de clandestina desponsat.* Atqui nostro casu non negat, sed apertè fatetur Reus conventus, se actrici primitùs fidem matrimonialem purè & absolutè dedisse. Ducat igitur necesse est priorem, relictâ posterius sibi desponsatâ puellâ, jure jurisque rationibus ita volentibus.

DECISIO DECIMA QVINTA.

Quânam pœnâ sit afficienda fœmina, quæ post desponsationem, à Tertio se impregnari sivit; Et Num maritus separationem petere possit, quando post confessionem uxoris, de impregnatione factam, cum ipsa carnaliter consuescere perrexit?

QVIDAM juvenis desponsavit sibi quandam viduam, adhibito parentum propinquorum & Amicorum consensu, datisque in signum & testimonium desponsationis factæ Arrhis spõsalitiis; quia a. sub eum hero, cui pro Amanuensi tum temporis inserviebat ad dies circiter quatuordecim, domum, proficisci necesse erat, eousq; epularum datio, & solennis desponsatio, mutuo utriusq; consensu, dilata fuit. Absente sponso, ac necdum præteritis prædictis diebus quatuordecim, vidua sponsa cum servo suo domestico cujus servitiis in annum tertium ad rem rusticam usua fuerat, consuevit seque ab illo imp ægnari fecit Reverso post mensem (nec n. propter inopinatum h. ri obitum citius redire licuit) sponso juvena, pro more regionis instituuntur epulæ sponsalitię, publicaq; sponsalia celebrãtur: & aliquo tempore post, in facie ecclesiæ per sacerdotem copulatio facta, nuptiæq; subsecutæ fuerunt. Ast cum uterus post celebratas nuptias intumescere inciperet, uxor malè se habere cœpit, maleque sibi conscia in hæc semel præsente marito prorupit verba, velle se, ut quem primò excludat infantem, diabolus sit cui maritus indignabundus respõdit, si ita sie, oportere & illam esse Diaboli; at cum die sequenti in memoriam revocarentur verba temerè effata, prætẽdit nescire se quidnam elocuta fuerit. Maritus animi remedium quærens, institit apud ipsam ut secum cœnâ Domini uteretur; illa verò timerè se ut bona conscientia eòeat prætendat: causam quærenti nihil certi respondit, sed in aliud tempus distulit, ivit tamen cum ipso ad cœnam Domini.

Quo

Quo peracto, institit maritus locutionum illarum causam sibi aperiat, modò blãdis modo seriis usus verbis; aperuit tandẽ cũ lei vo acta gesta, vacillans tamẽ die sequenti confessionẽ revocavit, negãs & pnegans omnia, unde maritus dubius fuit redditus, & quia tẽpore factæ confessionis temulenta extitit, sobria vero nihil fateri voluit, nec etiam quisquam interfuit, quo confessionem factam probare licuisset, acquievit fidemque revocationi, habens conjugaliter cum illa vivere, debitaq; maritalia solvere, perrexit. Tandem eò res pervenit, ut apud Tertium cum servo habitam commixtionem carnalem confessa fuerit, quo facto maritus omni deinceps conversatione cõjugali abstinuit, domo exiit, & ad suos recepit. Hinc quæsitum, quænam pœna afficienda sit uxor, Num ultimo supplicio plecti debeat, An verò pœna pecuniaria; Et si pecuniaria tantum pœna veniat plectenda, Num maritus divortium petere possit, An verò quam duxit, postque confessionem carnaliter cognovit retinere teneatur?

Primum quod attinet, non desunt, quæ pœnam capitis, & ultimi supplicii suadere videntur De jure divino Adulterum pœna mortis puniri, textus est apertus *Levit. 20 versic. 10.* si mæchatus quis fuerit cum uxore alterius, & adulterium perpetraverit, cum conjuge proximi sui, morte moriantur, & mæchus & adultera. Concord. textus *Deut. 22. vers. 22.* Si dormierit vir cum uxore alterius uterq; morietur, adulter & adultera.

Idem de jure Justinianeo constitutum legimus. Etsi enim jure civil. veteri pœna adulterii, simplex fuerit relegatio, ut sentit Cujac. *libr. 6. observat. cap 11. lib. 20 cap 18 & ad Paul libr. 5 sentent. tit. 23.* Menoch. *de arbitrar judic quæstionib. lib. 2. cas. 419. n. 27. n. 31. cum seqq.* Wesenb. *in paratitl ff ad l. Iul de adulter. numer. 19.* vel deportatio, ut volunt communiter. prout illam communem dicit, & autoritatibus comprobat Jul. Clar *lib. 5 sentent. § adulterium, num 7.* postea tamen, sanguinis & gladii pœna adulteris irrogari cœpit *leg 9. l 30 Cod. ad leg Iul. de adulter § item lex Iulia. Institut de public judic. junct. ordinat. crimin. Carol. V. artic. 120.* ubi pœnam in adulteros novissimis

 Impe-

Imperatorum sanctionibus cōstitutio comprobat & imponi jubet. Ac licet Imperator Justinian. fœminis plus æquo favens, in Novell. 139. *c. 10.* unde desumpta est authent. *sed hodie, C. ad l. Iul. de adulter.* anteriorum Imperatorum constitutiones, in fœmina adultera, mitigarit, eamque castigari & in monasterium detrudi voluerit, aliter tamen usu observari videmus; nec etiā juri divino mitigatio ejusmodi cōvenit, cum eo jure, uterq; & adulter & adultera capitis pœna plecti jubeantur, *text. Levit. 20. vers. 10, Deuteron. 22. vers. 22.* Immò fœminam adulterantem severius puniri debere omnium fere Gentium consensu receptum, putatumque semper fuit; cum sexus ille in id genus turpitudinis sit proclivior, ac delictum hoc in illo sit turpius magisque perniciosum, propter eam, quæ consequitur liberorum incertitudinem, & confusionem familiarum.

Nec quoad casum propositum referre videtur, quod fœmina ante solennem desponsationem, & benedictionem sacerdotalem, servo se subjecerit, & imprægnata fuerit; siquidem in sponsa etiam adulterium committi; & consequenter adulterii pœnam locum habere, constat *ex l. si uxor 13. §. 3. ad leg. Jul. de adulter.* ubi Ulpian. Divi Severus & Antoninus, inquit, rescripserunt etiam in sponsa, hoc idem (intellige Adulterii crimen) vindicandum esse, quia nec matrimonium qualecunque, nec spem matrimonii violare permittitur; cui concord: *§ si minor, d. l. 13. & l. propter 7. C. eod.* Idem legibus divinis comprobatum habemus, ut videre est *Deuter. 22. vers. 23.* ubi si alteri desponsata stuprum passa sit volens lapidibus obrui jubetur; id quod maximè obtinebit, si sponsa sit de præsenti, Clar. *libr. 5. sent. §. adulterium, num. 8.* ubi ait in sponsa, per verba de præsenti desponsata, locum habere pœnam adulterii, etiamsi à viro cognita adhuc non fuerit, & ita tenere Doctores communiter. Siquidem sponsalia de præsenti, veræ sunt nuptiæ, & ita desponsatæ, uxores veræ; cum forma nuptiarum (quæ est vinculum, nexus & obligatio ex mutuo contrahentium consensu orta) sponsalibus de præsenti insit; ut proinde sponsa de præsenti, quamvis carnaliter cognita, non sit, meritò uxoris loco habeatur, ac nominetur, prout & ipsa scriptura

sacra.

sacra sponsam uxoris nomine appellat *Matth.1.vers.20. Deut.22.versic.23. cum seq.* cui Concord. *l.15.in fin. de condit. & demonstrat.* ubi Ulpian. nuptias, inquit, non concubitus sed consensus facit, item *l.3. cum hic status 32. §.13. de donat. int. vir. & uxor.* ubi idem Ulpian. Non coitus, inquit, matrimonium facit, sed maritalis affectio, fac. *leg 6. cum seq. de rit. nupt.*

Accedunt decreta Canonum *caus.27.quaest.2.in princ.c.sufficiat, §.cum ergo, cap.3. §.1.c.6.c.9.c.10.c.12.in princ. & §.1.c.14.& 15. in fin.* Adde allegata apud Jacob. Tomin. *decision.28. num.4. cum seqq.* Atqui foeminam, qua de agimus, fuisse sponsam de praesenti, adeoque veram uxorem, ex facti Narratione liquet. Praeterea constat, hac de causa poenam adulteriis praecipuè praestitutam, ne videlicet per haec confunderentur familiae, reddereturq; incerta, constuprati lecti soboles, ac innocentes mariti sępè inimicissimorũ filios pro suis alere, atque agnoscere cogerentur, pro ut causam hanc ex Philone refert Wesenbec. *in paratitl. Digestor. ad leg. Iul. de adulter. num.8.* Jam verò causam illam in praesenti etiam casu obtinere, cuivis est obviũ, posset quippe foemina sagax, negotium ita dirigere, ut in septimũ mensem à benedictione sacerdotali, & maritali concubitu, partus exclusio incideret, atque ita marito alienum partum supponere. Unde non refert, quod ante benedictionẽ sacerdotalem, & copulationem in templo publicè factam, delictum fuerit perpetratum, per ea quae modo diximus, & quia sacerdotalis illa benedictio & publica desponsatio in facie ecclesiae, quae fit non requiritur ad cõstituendum matrimonium, sed ut constitutum innotescat, & ne, ut antea multoties fiebat, de probatione multum sit laborandum; qua de causa etiam epulae spõsalitiae dari solent, in signum videlicet & argumentum factae desponsationis; similiter nec refert, quod ante quam ad domum mariti mulier fuerit deducta, delictum sit commissum, siquidem ad substantiam matrimonii deductionẽ in domum mariti minimè desiderari verius est, cum nonnunquam usuveniet, ut non maritus uxorem, sed contrà uxor virum in domum suam deducat,

 vel

vel recipiat (id quod in proposito etiam nostro factum videtur) Salicet. *in l.6.num.3. C de donat. ant. nupt.* Boer. *decis.22.n.35.* Duaren. *de nupt.cap.2.* quos in simili argumento allegat & sequitur Jacob. Toming. *decis 28.num.5.cum seq.*

Hæc sunt, quæ pœnam capitis & ultimi supplicii in casu proposito suadere videntur. At illis non obstantibus in Facultate respondimus, fœminam, qua de agitur, non mortis, sed relegationis, vel qua alia pœna arbitraria, plectendam esse; atque ita etiam in proposita facti specie observatum, & facinus admissum pecuniaria pœna expiatum fuisse memini.

Quod enim attinet pœnam adulterii, illam secundum conditionem personarum, aliasque circumstantias probabiles variari, modo leviorem, modo graviorem imponi adeoque arbitrariam ferè existere ex Bartol. *ad l si quis viduam, de quæstionib.* Angel. *in tract. malefic. ad verb. che hai adulterat. n.45* Jul. Clar *libr.5. sentent. §. adulterium, n.7.* notat Wesenbec. *in paratitl. Digest. ad leg Iul de adult. num 19.* & usus fori comprobat; Unde cum in casu præsenti post privatas adpromissiones inter sponsum & sponsam factas, ante diem publicæ desponsationi præstitutum, sponsa servo suo se associarit, multaque incidere potuerint, ne processerint nuptiæ, (prout videmus circa pacta dotalia sæpè contrahentes ita discrepare, ut quæ antea videbantur rata, retractentur & annullentur) certè durum & iniquum fuisset, severiori pœnâ in delinquentem animadverti. Deinde multum differre sponsam de præsenti, ab uxore maritaliter cognita, nec per paria censeri, ita ut quæ de uxore dicuntur statim ad sponsam, de præsenti trahi & extendi debeant, habetur, & exemplis declaratur, *in cap. non est, c. cum societas, cap decreta, c quod autem, cap si quis, c. statutum, caus.27. qu 2.* maximè verò in odiosis, cujusmodi est, pœnæ impositio sponsa de præsenti nondum carnaliter cognita, uxoris loco non habebitur, nec de uxore statuta, ad sponsam de præsenti, trahi debebunt, uti docet & exemplo declarat Boer. *decis.22.numer 38.* cui adde Emanuel. Soarez *in thesaur. recept sentent. lib.5. num 157*

Baptist.

Baptist. à Villalobor, *in tractat. commun. opinion. lit. M. nu. 81.* Adhaec fœminis, propter fragilitatem sexus, & quia facile improborum sollicitationibus seduci possunt, pœnam gladii ab Imperat. Justin. remissam, & ipsius loco fustigationem, ac detrusionem in monasterium, substitutam fuisse, constat *ex Novell. 134. cap. 10. unde desumpta est authent. sed hodie, C. ad leg. Jul. de adult.* Quæ pœnæ mitigationem non improbavit, sed confirmavit potius Carol. Quint. *in constitut. crimin. art. 120* dum sanxit, adulteria secundum anteriorum Imperatorum constitutiones puniri debere.

Ideoque, nisi aliud sit cautum, statuto loci cujusmodi est constitutio Electoris Augusti quæ habetur *part. 4. constitutionum electoralium anno 72 editarum, n. 19.* vel inveterata consuetudine aliud sit receptum, juxta prædictam Justiniani Imperatoris constitutionem judicari debebit *arg. l. præcipimus, in fin. C. de appellationib. l. sancimus, C. de testament.*

Sic apud Saxones observari & adulteras, vergis cæsas, in perpetuum relegari, si cum maritalis rem habeant, sin verò cum solutis (prout in nostro casu factum) coeant, simpliciter, sine fustigatione, relegationis pœna plecti testes sunt Wesenb. *in paratitl. ad leg. Jul. de adulter. num. 19.* Chilian König *in pract. titul.* von dem Ehbruch und Poenen desselbigen/ *versic.* aber zu dieser Zeit Matthias Coler. *decis. 176. num. 27. cum 2. seqq.* Jacob. Toming. *decis. 42. num. 22.* & alii Scriptores Juris Saxonici quibus adde Nicol. Boer. *decis. 297 nu. 12.* Laurent. Kirchov. *in tractat. commun. opin. cent. 1. conclus. 7. versicul. mulier verò.* Thom. Grammat. *in dec. Neapolitan. decis. 31. numer. 3. & 8. in fin.* Francisc. Viv. *in tractat. commun. opin. lib. 2. verb. adulterii, nu. 3 & 4* Jul. Clar. *lib. 5 sentent. §. adulterium num. 7.* ubi multa adfert, multarũ curiarum præjudicia, & scribit quod viderit condemnari adulteras in fustigationem & exilium arbitrarium;

Et hæc de *prima* casus propositi *quæstione*; ubi cum evicerimus pœnam capitis & ultimi supplicii locum habere non posse, succedit *quæstio altera*: Num maritus petere possit divortium?

Negan-

Negandum id videbatur, ex rationibus ſubsequentibus; quarum quædam sunt generales, ad quæſtionem, An qui ex alio gravidam, vel vitiatam duxit, quam virginem, vel caſtam eſſe, putavit, retinere teneatur, in genere & theſi pertinentis; quædam verò ſpeciales, ex casus propoſiti circumſtantiis desumptæ. Generales quod attinet, jure Canonico cautū habemus, quod qui ex alio gravidam, vel vitiatam duxit, illam dimittere nequeat, ſed teneatur sponsalia, deductione in templum conſummare, vel quam duxit retinere. Textus eſt *in cap. unic. cauſ. 29. quæſt. 1.* ubi Gratian. qui ducit, inquit, in uxorem, meretricem vel corruptam, quam putat eſſe caſtam, vel virginem, non poteſt eam dimittere, & aliam ducere. Concordat *cap. 25. extr. de jurejur.* ubi Innocentius Tertius, quemadmodum, inquit, ſi vir mulieri juraſſet, quando contraxit cum illa, quod eam ſemper pro legitima uxore tenerit, pro fornicatione, quam mulier antea commiſiſſet, illam dimittere non poſſet; ita ſi quis juraverit, ſe ducturum aliquam in uxorem, non poteſt ei fornicationem opponere præcedentem.

Unde, cum in cauſis ſpiritualibus, quale etiam eſt matrimonium juri Canonico ſit ſtandum, uti habet vulgata practicorum theorica, & notant interpp. communiter *ad cap. 2. de regul. jur. in 6.* utique ſecundum illam juris Canonici ſanctionem, in præſenti etiam caſu judicandum videtur, maximè cum illa juris Canonici diſpoſitio rationibus non deſtituatur, ſed ſubnixa ſit evidentiſſimis, quas pro ſtabilienda hac Canoniſtarum sententia poſt Covarruv. *de cauſ. matrimonialib. part. 2. cap. 3.* magno numero adducit Weſenbec. *in paratitl. Digeſt. de rit. nupt. num. 8.* & hunc noviſſimè ſecutus Everhard. Bronckh. *2. antinom. 17.*

Primò quippe conſtat, quod error qualitatis non excludat conſenſum, veluti, ſi quis emerit agrum, vel vineam, quam putabat eſſe uberrimam, quamvis ille errarit in qualitate rerum, rem minus fertilem emendo, non poteſt tamē venditionem reſcindere; ſic ſi quis duxerit pauperem, quàm divitem, ignobilem quàm nobilem exiſtimabat, errorem allegare non licet, cum ſit fortunæ & qualitatis error,

ror, qui non excusat, *d. quæst. 1. caus. 29. § adhæc non omnis, & §. error fortunæ*; Jam verò, consimilem esse errorem, accidentalem nimirum, si quis corruptam vel meretricem, quam virginem vel castam esse, putavit, duxerit, patet ex *d. c. unic. § error fortunæ, circa finem*, ubi exemplum hoc annumerratur aliis, quibus circa qualitatem erratum fuit exemplis.

Secundò quod juris est, inquiunt, in sponso, idem juris etiam esse debebit in sponsa relativorum enim idem jus est, & quod obtinet in uno relativorum, idem etiam in altero obtineat necesse est, *l. fin. Cod. de indict. viduit. toll. & tot. titul. Digest. quod quisque iur. in al. statuer. ut ipse eod. iur. utat.* atqui sponsum ex causa amissi pudoris repudiari non posse; Ergo nec sponsam repudiari debere.

Tertiò, Non minoris sunt labes animi vitiati, quàm corporis; atqui maritum non posse uxorem ob animi vitium, puta quod sit prodiga, athea vel infidelis & improbatæ religionis, repudiare, *1. Corint. 7. versic. 12. cum seqq.* Ergo nec poterit eam ob vitium corporis, puta ob læsam pudicitiam, repudiare.

Quartò affertur, quod licet quis ignoret conditionem personæ, cum qua contrahit, inde tamen contractus non rescindatur, quia, qui cum alio contrahit, vel scit. vel (quod perinde est, *leg. 5. de reb. credit. l. magnam, Cod. de contrah. stipulat. l. 2. Cod. de in jus vocand. l. 8. de jur. & fact. ignor.*) scire debet, conditionem ejus, cum quo cōtrahit, sitne major, minor, pupillus, an servus *l. qui cum 19. de reg. jur.* Idem Ergo in contractu matrimonii dicendum, & sibi imputare debebit mas, qui non diligentius sibi carit, atq; prospexit; fac. quod sponsalia vel conjugium non dissolvantur, si alteruter contrahentium sit spurius, qui tempore contractus, legitimè natus putabatur, errore & ignorantiâ minimè attentis.

Quintò adducunt brocardicon, quod quæ expresse adjecta non valent, illa nec tacitè subintellecta valeant *argum. l. 3. ubi Dd. de reb. cred. si cert. petat.* Atqui conditio hæc ducam te, si invenero te

virginem, non valet, si expressè adjiciatur, cum inhonestatem sapiat, & suspicionem læsæ pudicitiæ innuat, contra juris præsumptionem. Ergo nec tacite subintellecta valebit.

Sextò conjugia semel rectè consummata, retractari exemplo pessimum esse.

Septimò. Quieta conjugia non esse distrahenda sed quos Deus conjunxit, ab homine separari non debere.

Octavò occulta delicta non esse manifestanda.

Nonò, per copulam omnes conditiones conjugiorum purificari ac perinde haberi, ac si purè contractum sit, puta si quis sub hac conditione promittat conjugium, duco te si in dotem dederis mille, per subsequentem copulam conditio illa tollitur.

Decimo quod benè gestum est, inquiunt, non debet ex alio evẽtu retractari, per regulam traditam *l. sancimus 25. Cod. de administrat. tutel.* & exemplo declaratum *l. 3. de offic. prætor.* ubi ob bonum publicum sustinentur ea, quæ gessit quis, tanquam magistratus, qui tamen propter statum servilem magistratus esse non potuit, ideoque & matrimonium, de quo agimus, ob bonum publicum, & ex humanitatis ratione, sustineri debere.

Undecimo afferunt *l. 13 §. 6. & § fin. ad leg. Iul. de adulter.* ubi Jureconsultus, stupri vel adulterii accusari non posse ait, quæ post commissum stuprum ducta est, serò enim accusat mores, quos uxorẽ ducendo maritus probavit; quæ lex, cum non distinguat, inter ignorantem & sciẽtem, sed loquatur generaliter, nec nos distinctionem facere debere, *vulg. l. de precio, de public. in rem action.*

Duodecimò adducunt *l. alioqui 11. §. 1. de contrah. empt.* ubi Ulp. Si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit; in sexu enim non erratum, cæterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere, existimasti, quia in sexu error est, nulla est emptio, nulla venditio.

Decimotertio allegant, quod opus misericordiæ exerceat, qui meretricem ducit, & hoc ei in remissionem peccatorum proficiat, *juxt. cap. inter opera, extr. de sponsalib.* indeq; inferunt, quod qui ignorans

rans

rans talem duxit, multò magis illam retinere debeat, cum quilibet ad opera charitatis præstanda obligetur, & ea quæ ad remissionem peccatorum faciunt, negligere non debeat.

Addunt *decimoquartò*, quod in casibus dubiis, quoad ejus fieri potest, pro matrimonio sit pronunciandum *cap. fin. extr. de sentent. & re judic.*

Deniq;, superiorem Canonistarum sententiam à multis seculis consuetudine confirmatam, & judicando observatam fuisse; ideoque ab ea recedi non debere, asserunt. Et hæc de rationibus generalibus.

Specialis ratio propter quam, in proposita facti specie, à marito petita separatio, deneganda videtur, ex circumstantiis facti desumitur. Cum enim, posteaquam ipsi innotuit, uxorem cum servo consuevisse, & ab ipso imprægnatam fuisse, nihilominus matrimonialiter cum illa vivere, lectique conjugalis debita persolvere, perrexerit, utique priorem offensam remisisse videtur, nec proinde ad accusationem admittēdus, cum sero accuset mores mulieris, quos semel approbavit, ut inquit Ulpian. *in l. 13. § fin ff. ad leg. Iul. de adult.* cui iisdem ferè verbis concordat *l cum mulier 47. in fin. solut. matrim. quemad. dos petat. l. crimen. 11. Cod. ad l. Iul. de adult.* ubi qui uxorem adulteram in matrimonio retinuit, adulterii ipsam accusare non posse dicitur. Sic & qui uxorem dimissam reduxit, & in matrimonio retinuit, illa postmodum adulterii accusare nequit, uti respondit Paul. *in l. quæsitum 40. ff. de adulter.*

Constitisse autem marito nostro, uxorem ab alio imprægnatam fuisse, ex ipsis facti circumstantiis clarè liquet: fatetur quippe ipsemet, quod statim post celebratas nuptias uterus novæ nuptæ inintumescere inceperit, unde haud dubitavit præcedentis concubitus conjecturam sumere potuit; deinde confirmavit præsumptionem illam, ex præmaturo uteri tumore resultantem, insolens & perquam suspecta oratio, dum in præsentia ipsius mariti in impia hæc prorupit verba, velle se, ut quem primò excludat infantem diabolus existat; accessit tertiò, quod dum institit apud ipsam, ut se-

cum cœnâ Domini uteretur, illud renueret, asserens timere se, ut bona conscientia eò eat; denique ore proprio edixit uxor & confessa fuit servo Acta gesta; cui uxoris confessioni merito plena fides habenda fuit, consideratis, quæ illam præcesserunt, actibus, & circumstantiis. Quæ omnia cum neglexerit maritus, & quam ex alio gravidam cognoverat, ut uxorem suam tractare perrexerit uti petitæ separationi non videbatur deferendum.

At his non attentis separationi locum esse respondimus octavo Augusti anno 1614.

Attendimus *primò*, quod post desponsationem imprægnatio fuerit subsecuta; Jam verò propter fornicationem, subsequentem, post desponsationem, divortium & separationem fieri, textus est ad literam *in cap. 25. extr. de jurejurand.* ubi Innocentius Tertius, quemadmodu, inquit, si vir mulieri jurasset, quando contraxit cum illa, quod eam semper pro legitima uxore teneret, pro fornicatione, quam mulier antea commisisset, non posset eam dimittere, sed pro fornicatione, quam postea perpetraret, eam dimittere posset, non obstante hujusmodi juramento, quoniam in eo, talis erat subintelligenda conditio, si videlicet illa in legem conjugii non peccaret: ita si quis juraverit, se ducturum aliquam in uxorem, non potest ei fornicationem opponere præcedentem, sed subsequentem, ut illam non ducat in conjugem, quia in illo juramento talis debet conditio subintelligi, si videlicet illa contra regulam desponsationis non venerit.

Hactenus Papa Innocentius Tertius, ubi cum dicatur, quod vir, qui mulieri, quando contraxit cum illa, juratò promiserat velle se illam semper pro legitima uxore tenere, nihilominus propter fornicationem subsequentem, uxorem quam duxit, dimittere possit, itemque si quis jurasset, se deducturum aliquam in uxorem propter fornicationem subsecutam cogi nequeat, ut illam ducat in conjugem, multo magis idem dicendum, & judicandum, de casu proposito, ubi sine juramento fides matrimonialis sponsæ data fuit.

Deinde propter fornicationem & adulterium conjugis matrimonium

monium dissolvi, & divortium fieri posse, juris est indubitati; *de jure divino* textus est, *apud Matth. cap. 5. versic. 32. & cap. 19. versicul. 9. de jure Canonico* textus sunt *in cap. significasti, extr. de divort. cap. discretionem, versic. nam etsi, extr. de eo qui cognov. consang. uxor. suæ, cap. secundo, caus. 32. quæst. prima, capit. 3. capit. 4 dict. caus. 32. quæst. 7. capit. 3. in fin. caus. 35. quæst. 1. & 2.* de jure civili textus est *in l. consensu 8. Cod. de repud. Nov. 22. cap. 15. Novell. 117. cap. 8.* Jam verò, in sponsa etiam adulterium committi, ostendimus supra *ex l. 13. §. 3. & 8. ad leg. Jul. de adult. l. 7. C. eod.* maxime vero, si sponsa sit de præsenti, qualis fuit ea de qua agimus; siquidem sponsa de præsenti, pro vera uxore habetur, quantumvis carnaliter cognita non sit *Matth 1. versic. 20. Deuteron. 22. versic. 23 cap. 2. c. 3. c. 6. c 9. c. 12 c. 14. c. 15. caus. 27 quæst. 2. quibus concord. l. 15. in fin. ff. de conditionib. & demonstrat. l 32. §. 13. de donationib. int. vir. & uxor.*

Tertiò, non parum confirmatur superius nostrum Responsum per text. *Deuteron. 22. versic. 23.* ubi si alteri desponsata, stuprum passa sit volens, lapidibus obrui jubetur; multo igitur magis ut adultera repudiari poterit, per ea quæ dicemus pluribus infra.

Quartò, extat in terminis terminantibus, ut cum practicis loquimur, decisio Imperatoris Leonis, quæ habetur *Novell. 93.* ubi sancitur, divortium omnino concedendum esse, si sponsa ex alio gravida deprehendatur; *cui ne opponas*, quod Novellæ Leonis nō sint Authenticæ, nec in Imperio receptæ; sciendum Leonis Novellas, attēdi, & autoritatē illis tribui, in casibus, ubi vel nihil expresse jure Justin. est cautū, sicq; juri constituto non adversantur, vel quando sive jus constitutum confirmant, pro ut hic fit; habetq; modo dicta Imperatoris Leonis constitutio, causas decidendi graves & prægnātes, propter quas non immerito attendi debebit; Nihil magis, (inquit *Leo Imperator*) matrimonio adversatur, quam si ab alio sit cognita sponsa; quomodo enim verba sponsalia sunt, in quibus nihil verum, neque genuinum conspicitur? ubi meretricium se offert scelus, ubi causæ sunt dissidiorum, & odii, ubi animorum alienatio, quomodo ibi matrimonialis cōcordia, quomodo purus spōsalisque

est amor? nec ratio patitur, ut quisquam alterius fœtum sibi subjiciat, neque justum est, ut qui spe honestæ casti matrimonii, oblectationis, sponsam in domicilium suum recipere constituit, si illa matrimonii legibus insultet, & cum aliis lasciviendo oblectationis spem evanidam ipsi reddat, in meretricia illa levitate ipsa agnoscere debeat; *hæc Leo.* Cujus constitutionis rationes cum sint valde graves, & ad illustrandam decisionem nostram apprimè faciant, ipsa verba recensere libuit.

Quintò facit, quod matrimonium hujusmodi, malum sortiretur exitum, si maritus cogatur ex alio gravidam retinere. Sane fœlices nonnunquam habere solent exitus, matrimonia coacta; at in casu nostro, ubi ex causa imprægnationis separatio petitur, tale quid sperare non licebit, causæ aliæ, ob quas quis quandoque fidem datam retractare nititur, non sunt permanentes, & facile sanabiles, indeque fit, ut coacta matrimonia quandoque fœlicem sortiantur exitum; at causa læsæ pudicitiæ semper refricatur, quoties in cōspectum mariti venit uxor, indeque maritus ad omnia mala, quo à tali posset liberari, induceretur.

Sextò, pro hac sententia stant Autoritates Theologorum; *Lutheri* in libello de causis matrimonialibus, *Bezæ* in tractatu de divortiis, *Philippi Melanchthonis* in Epistola ad Pfeffingerum Theologum Lipsensem anno 1530. missa, aliorumque tum, Catholicorum tum protestantium.

Denique sententiam hanc nostram usus fori comprobat. Ita n. in consistoriis Ecclesiasticis, & Dicasteriis, observari, testantur Autores modo relati, & ex ipsis rerum documentis animadvertimus. Videamus rationes dubitandi superius in contrarium adductas, cum non sufficiat sententiam suam confirmasse, nisi & contrariis occurrere sciamus.

Generales rationes quod attinet, nihil omnino decisioni casus propositi officiunt; siquidem sermo nobis est, de sponsa quę post desponsationem corrupta & imprægnata fuit; talem jure etiā Canonico repudiari posse text. est ad literam *in c. quemadmodum 25. extra.*

tra de jurejur. cujus verba ſuperius recenſuimus; At quod *ex c. unic. cauſ. 29. quæſt. 1.* afferebatur, pertinet ad caſum, ubi ante deſponſationem mulier corrupta vel imprægnata fuit; quo de caſu nos non agimus ut dixi, de caſu, ubi poſt deſponſationem, ſponſa ab alio corrupta, & imprægnata fuit.

Nec refert, quod fœmina, qua de agimus, ante epulas ſponſalitias, & ante publicam deſponſationem, in præſentia parentum, cognatorum, & amicorum, factam, cum ſervo coierit, & ab ipſo imprægnata fuerit; Cum enim maritus viduam, à qua ſeparari petit, ſibi ante imprægnationem purè deſponſarit, adhibito parentum, propinquorum, & Amicorum conſenſu, datiſque in ſignum & teſtimonium deſponſationis factæ, arrhis ſponſalitiis, utique ſponſalia, & quidem de præſenti, contracta fuiſſe negari non poteſt; quod verò epularum datio, & ſolennis deſponſatio ad certum tempus dilata fuit, mutuo utriuſque conſenſu factum fuit, quia ſponſus ſuo cum hero, cui pro Amanuenſi tum temporis inſerviebat, domum proficiſci tenebatur; nec publica deſponſatio ad conſtituendum matrimonium requiritur, in caſu præſenti eum in finem adhibita fuit, ſed ut conſtitutum innoteſcat, & ne ſi fortè ab una, alterave parte, negari velit promiſſio, de probatione multum ſit laborandũ; qua de cauſa etiam epulæ ſponſalitiæ dari ſolent, & in propoſito caſu datæ fuerunt, in ſignum videlicet, & argumentum factæ deſponſationis.

Poſito, priorem illam conventionem, inter viduam & juvenem, quæ fuit inita, pro nudo tractatu habendam, nec in contractum iviſſe, nihilo tamen minus ſeparationi locus foret; ſiquidem eo etiam in caſu, quando corruptio deſponſationẽ anteceſſit, divortium omninò concedendum eſſe ſi pars læſa reconciliationem admittere nolit, tenent *Lutherus, Beza, Melanchthon & alii ex Theologis:* quæ ſententia probatur *primò* per text. *Deuteronom. 22. verſic. 13. cum ſeq:* ubi præterquam quod maritus poſſit repudiare mulierem ab alio compreſſam, pœna etiam mulieri imponitur, & lapidibus obrui jubetur.

Reſpon-

est amor? nec ratio patitur, ut quisquam alterius fœtum sibi subjiciat, neque justum est, ut qui spe honestæ casti matrimonii, oblectationis, sponsam in domicilium suum recipere constituit, si illa matrimonii legibus insultet, & cum aliis lasciviendo oblectationis spem evanidam ipsi reddat, in meretricia illa levitate ipsa agnoscere debeat; *hæc Leo.* Cujus constitutionis rationes cum sint valde graves, & ad illustrandam decisionem nostram apprimè faciant, ipsa verba recensere libuit.

Quintò facit, quod matrimonium hujusmodi, malum sortiretur exitum, si maritus cogatur ex alio gravidam retinere. Sane fœlices nonnunquam habere solent exitus, matrimonia coacta; at in casu nostro, ubi ex causa imprægnationis separatio petitur, tale quid sperare non licebit, causæ aliæ, ob quas quis quandoque fidem datam retractare nititur, non sunt permanentes, & facile sanabiles, indeque fit, ut coacta matrimonia quandoque fœlicem sortiantur exitum; at causa læsæ pudicitiæ semper refricatur, quoties in cōspectum mariti venit uxor, indequ e maritus ad omnia mala, quo à tali posset liberari, induceretur.

Sextò, pro hac sententia stant Autoritates Theologorum; *Lutheri* in libello de causis matrimonialibus, *Bezæ* in tractatu de divortiis, *Philippi Melanchthonis* in Epistola ad Pfeffingerum Theologum Lipsensem anno 1530. missa, aliorumque tum, Catholicorum tum protestantium.

Denique sententiam hanc nostram usus fori comprobat. Ita n. in consistoriis Ecclesiasticis, & Dicasteriis, observari, testantur Autores modo relati, & ex ipsis rerum documentis animadvertimus. Videamus rationes dubitandi superius in contrarium adductas, cum non sufficiat sententiam suam confirmasse, nisi & contrariis occurrere sciamus.

Generales rationes quod attinet, nihil omnino decisioni casus propositi officiunt; siquidem sermo nobis est, de sponsa quę post desponsationem corrupta & imprægnata fuit; talem jure etiā Canonico repudiari posse text. est ad literam *in c. quemadmodum 25. extra.*

tra de jurejur. cujus verba ſuperius recenſuimus; At quod *ex c. unic. cauſ. 29. quæſt. 1.* aſſerebatur, pertinet ad caſum, ubi ante deſponſationem mulier corrupta vel imprægnata fuit; quo de caſu nos non agimus ut dixi, de caſu, ubi poſt deſponſationem, ſponſa ab alio corrupta, & imprægnata fuit.

Nec refert, quod fœmina, qua de agimus, ante epulas ſponſalitias, & ante publicam deſponſationem, in præſentia parentum, cognatorum, & amicorum, factam, cum ſervo coierit, & ab ipſo imprægnata fuerit; Cum enim maritus viduam, à qua ſeparari petit, ſibi ante imprægnationem purè deſponſarit, adhibito parentum, propinquorum, & Amicorum conſenſu, datiſque in ſignum & teſtimonium deſponſationis factæ, arrhis ſponſalitiis, utique ſponſalia, & quidem de præſenti, contracta fuiſſe negari non poteſt; quod verò epularum datio, & ſolennis deſponſatio ad certum tempus dilata fuit, mutuo utriuſque conſenſu factum fuit, quia ſponſus ſuo cum hero, cui pro Amanuenſi tum temporis inſerviebat, domum proficiſci tenebatur; nec publica deſponſatio ad conſtituendum matrimonium requiritur, in caſu præſenti eum in finem adhibita fuit, ſed ut conſtitutum innoteſcat, & ne ſi fortè ab una, alterave parte, negari velit promiſſio, de probatione multum ſit laborandũ; qua de cauſa etiam epulæ ſponſalitiæ dari ſolent, & in propoſito caſu datæ fuerunt, in ſignum videlicet, & argumentum factæ deſponſationis.

Poſito, priorem illam conventionem, inter viduam & juvenem, quæ fuit inita, pro nudo tractatu habendam, nec in contractum iviſſe, nihilo tamen minus ſeparationi locus foret; ſiquidem eo etiam in caſu, quando corruptio deſponſationẽ anteceſſit, divortium omninò concedendum eſſe ſi pars læſa reconciliationem admittere nolit, tenent *Lutherus, Beza, Melanchthon & alii ex Theologis:* quæ ſententia probatur *primò* per text. *Deuteronom. 22. verſic. 13. cum ſeq:* ubi præterquam quod maritus poſſit repudiare mulierem ab alio compreſſam, pœna etiam mulieri imponitur, & lapidibus obrui jubetur.

Reſpon-

Respondere conatur Wesenbec. *primò*, quod leges Mosaicæ forenses nos non obligent, nec dura illa lapidationis pœna à Christianis sit recepta; *Deinde* non sequi, ut si mors non imponatur, divortium tamen concedi debeat, cum & homicida capite sit plectēdus, nec tamen, si forsan gratiâ principis pœna illi remittitur, conjugium solvatur *§. deportatio, Nov. 22. de nupt. l. sed si s. de bon. damnat.* at non satis sufficienter: Etsi enim leges Moisis forenses ad nostras politias nihil attinent, inde tamen perspicitur, quænam Dei in hoc casu sit voluntes, quam dum sequitur Judex: conscientiam suam obfirmat.

Deinde si forsan lapidationis pœna *Deuteronom. 22.* remissa fuisset: nihilominus divortium subsecutum fuisse, ipse verborum contextus arguit: Si quis (*inquit textus*) uxorem duxerit, & postea odio habuerit eam, quæsieritque occasiones, quibus dimittat eam, objiciens ei nomen pessimum, & dixerit, uxorem hanc accepi, & ingressus ad eam non juveni virginem: tollent eam pater & mater ejus, & ferent secum signa virginitatis ejus ad seniores urbis, qui in porta sunt: & dicet pater filiam meam dedi huic uxorem, quā quia odit imponit ei nomen pessimum, ut dicat, non inveni filiam tuam virginem, & ecce hæc sunt signa virginitatis filiæ meæ: Expanderit vestimentum coram senioribus civitatis, apprehendensque senes urbis illius virum, & verberabunt illum, condemnantes insuper cētum sic l s argenti, quos dabit patri puellæ, quoniam diffamavit nomen pessimum super virginem Israel, habebitq; eam uxorem, & nō poterit dimittere eam omnibus diebus vitæ suæ: quod si verum est, quod objicit, & non est in puella inventa virginitas, ejicient eam extra fores domus patris sui, & lapidibus obruent viri civitatis illius, & morietur, quoniam fecit nefas in Israel ut fornicaretur in domo patris sui, & auferes malum de medio tui.

Hactenus verba textus: ubi ex scopo legislatoris, & quæstione proposita, patet, divortium nihilominus concedendum fuisse, licet mortis pœna remissa fuisset: agitur quippe de eo, qui uxorē, quam duxerat, odio habere cœpit, & illam à se dimittere constituit, prætenden-

tendendo, quod ipsam non invenerit virginem; & cum quæreretur, quid juris, decidendo responsum; aut falsa vir protulit, aut vera sunt quæ objecit uxori, si falsa sunt, quæ uxori objecit, pœnâ constitutâ plectitur, & uxorem retinere jubetur, nec à se dimittere poterit, *versic.19.* At si vera sunt quæ objecit, nec in puella inventa est virginitas, mortis pœna plectitur puella, quæ se pro virgine substituerat, & consequenter maritus ab ipsa liberatur, & hanc esse mentem legislatoris arguitur *ex vers.19.* ubi cum jubeatur maritus uxorem retinere, nec permittatur illam dimittere, si falsò conquestus sit, de defloratione puellæ, inde à cōtrario sequitur, quod illam non teneatur retinere, sed dimittere possit, si vera sint ea, quæ detulit, & puella non sit inventa virgo, quippe cum potissimum ibi quæratur de dimissione uxoris.

Nec obstat, quod si homicidis pœna capitis remittatur, conjugium non solvatur; *longè* enim alia scortationis & adulterii, quàm reliquorum delictorum est ratio, ut quæ non impingunt in ipsum matrimonium, nec conjugem lædunt; ideoque etsi pœna adulterii adultero remittitur, nihilominus tamē divortium sequitur, si pars innocēs petat, quippe cui facta sit injuria; Adde, quod Divortii causa in sacris literis constituatur Adulterium, furtum verò, homicidium, aut alia delicta non statuantur.

Secundum opinionis nostræ fundamentum sumitur, ex Matth. *cap.1.versic.18.* Cum, inquit textus, Maria desponsata esset Josepho, antequam convenirent, inventa est gravida, in utero habens de spiritu sancto: Joseph autem vir ejus, cum esset justus, & nollet eam traducere, voluit occultè dimittere eam, &c. *quibus verbis* innuitur, Josephum permissu legis Mosaicæ potuisse repudiare Mariam, sed tamen ob singularem amorem, & condolentiam, jure suo uti noluisse, pro ut & *Lutherus* in glossemate ad illum textum notavit. *Dissentiens Wesenbec.* respondet, exemplum Josephi præjudicium non facere, quia scilicet non exemplis, sed legibus sit judicandum, *juxt. l. nemo 13. Cod. de sentent. deinde* quia hîc non quæratur de facto, sed de jure, & multa de facto fiant, quæ jure non probentur; *tum*

quia tempore Josephi ſteterit adhuc politia Moſaica, ut ita ejus jure ubi potuerit, & quandam ἐπιείκειαν adhibere;

At illi regerendum, quod non ſolo nitamur exemplo, ſed etiam legibus & juſtis rationibus; deinde piè ſequimur exempla piorum virorum, maximè, ſi teſtimonium ſcripturæ ipſis aſſiſtat, prout in noſtro caſu exemplum Joſephi per Matthæum inſtinctu Spiritus ſancti commendatur; præterea, quærimus quidem de jure, at illius explicatio non incommoda ſumitur, ex factorum contingentia, maximè ſi facta cum juribus, & rationibus, conveniant, prout in facto Joſephi contingit; adhæc cùm laudetur Joſephus ob ἐπιείκειαν adhibitam, eo ipſo ſignificatur, ipſo jure licitum ei fuiſſe Mariam repudiare; laus enim ex eo nulla eſſet, quod quis facere teneretur; denique etſi tum temporis politia Moſaica adhuc ſtetit, illius tamen leges conſcientias hominum obfirmant, & ſi illas judicando ſequamur ſecuri & tuti erimus in conſcientia.

Sequitur *tertium* ſuperioris noſtræ ſententiæ argumentum ab errore deſumptum; Si contrahens erravit in qualitate rei, eamque rem comparavit, quam, ſi ejus qualitatem ſciviſſet, non emiſſet, Actione ex empto agitur ad reſolvendum contractum; quæ eſt propoſitio Ulpiani *in leg. ex empto 11. §. 5. de actionib. empt.* ubi Ulpianus, ſi quis, inquit, virginem ſe emere putaſſet, cùm mulier veniſſet, & ſciens errare eum venditori paſſus ſit, ex empto competit actio, ad reſolvendam emptionem, & precio reſtituto mulier reddatur; ubi quod de emptione ancillæ dicitur, juſta ratione ad uxorem, & contractum cum ea initum extenditur, cum & ibi vir ignorans ſibi aſſociarit mulierem, tanquam virginem, ipſa muliere bene ſciente & decipiente virum, qui ſi qualitatem & vitium mulieris ſciviſſet, ſine dubio ab ea abſtinuiſſet; quare ob idenditatem rationis actio ad reſolvendum contractum dabitur;

Sanè ab emptione ad matrimonium non rectè argui, putat *Weſenbec.* eo quod matrimoniorum eadem ſit ratio, quæ libertatis, aliarumque cauſarum ſpiritualium, quæ ſi ſemel perfecta ſunt, retractari

ctari nequeunt *§.6. Institut qui & ex quib. caus.* ubi libertas semel data non retractatur, sive ex vera sive ex falsa causa, sit data; *at* noverit, matrimonium, non in omnibus libertati, aliisque causis spiritualibus æquiparari; nec ratio patitur, ut quod *in adducta leg. 11.* de emptione ancillæ dicitur, id in contractu societatis conjugalis & associatione uxoris aliter se habeat; si enim in emptione vilissimæ ancillæ hoc permissum est, ut, propter errorem, à contractu recedere liceat emptori, multo magis in contractu matrimonii id obtinebit, cum rem emptam revendere liceret, uxorem verò non item, & minor sit jactura in emptione rerum, quam in associatione mulieris.

Quartò ad sententiæ nostæ confirmationem facit consideratio doli. Dolo interveniente, contractus vel ipso iure nullus existit vel actione, & exceptione doli, rescinditur *d. l. 11. §. 5. de actionib. empt. l. 13. §. si venditor, & §. si quis colludente, eod. l. 7. l. 9. & tot. tit. de dol. mal. l. 16. § 1. de minorib. l. 3. C. ex quib. caus. maior. l. 3. § fin. l. 80 pro soc. l. 5. C. de inutilib. stipulat. l. 2. C. commun. utr. judic. l. 36 de verb. obligat. l. 5. Cod. de rescind. vendit. leg. 12. §. 1. de jur. dot. l. 35. de pact. l. 84. §. qui servum, de legat. 1.*

Dissentiens Wesenbec. respondet, in casu proposito non subesse dolum, qui det causam contractui, sed esse tantùm dolum incidentem, cujusmodi dolus contractum non vitiet; *at* illi regerendum, si dolus, quando quis sciens mulierem pro virgine vendit, emptionem vitiat, pro ut, *in d. l. 11. §. 5. de actionib. empt.* vitiare dicitur, cur non etiam dolus, quando puella se pro virgine duci patitur, cum mulier esset, matrimonium vitiaret, immo major pro hoc, quam pro illo casu, militat ratio; deinde, etsi dolus incidens contractum non vitiet ipso jure, pro ut facit dolus, dans causam contractui bonæ fidei *dict. leg. 7. de dol. mal. leg. 16. §. 1. de minoribus, leg. 3. §. fin. pro soc. leg. 5. de inutilibus stipulat. leg. 36. de verbor. obligat.* datur tamen inde actio ad rescindendum contractum *dict. leg. 11. §. 5. l. 13. §. 4. §. 27. de actionib. empt. l. 12. §. 1. de jur. dot. l. 5. C. de rescinden. vendit. cum similibus suprà adductis*; *atque* non obstat, quod Wesenbec. in causis spiritualibus, cujusmodi etiam est matrimo-

 nium

nium, ex causa doli, conventionem annihilari negat, adducens ad id textum *in c. tua nos 26. extr. de Sponsalib.* siquidem dolum dolosè agenti prodesse non debere, patet ex summario *dict. cap. 26.* & notant Canonistæ ad illum text.

Quinto facit Novella Leonis *93.* ubi repudium sponso conceditur, eo quod sponsa ex alio gravida sit facta, sive post sive ante desponsationem imprægnata fuisset; idemque ex mente constituentis de ea etiam statui debere, quæ non imprægnata, sed simpliciter stuprata fuit arguunt rationes generales, quas *in fin. d. Nov 93.* subjicit, ut quæ tam stupratæ, quã imprægnatæ conveniunt. *Nec obstat*, quod Novellæ Leonis non sint de corpore juris Justinianei, nec etiam in Imperio receptæ; *per* ea quæ diximus supra.

Sextò facit, quod matrimonium hujusmodi, malum sortiretur exitum, si sponsus cogatur ab alio corruptam ducere, utcunque ante desponsationem corrupta fuisset; *Nec obstat*, quod Wesenbecius ait, nõ ex eventu, sed ex jure causas decidi debere, quia aliàs ob metum tristium evẽtuum nullus cogi posset, matrimonii fidem semel datam adimplere; insuper & experientiam docere, quod hujusmodi matrimonia fœlices sępissimè habuerint exitus: *nõ obstat inquam*, per ea, quę diximus supra, circa quintam decidendi rationem casus propositi.

Septimo, non illam tantum, quæ post desponsationem se imprægnari sivit, sed & quæ antè, stuprum passa fuit, licitè repudiari, tenent Lutherus, Melanchthon, Beza, & alii Theologorum protestantium, quamvis non diffiteantur, omnem tentandam esse viam, quo ad reconciliationem perveniri possit.

Denique sententiam hanc nostram, dum statuimus, etiam ante sponsalia defloratam repudiari posse, usus fori comprobat: ita enim in consistoriis Ecclesiasticis, & Dicasteriis, observari, testantur Autores modo relati, quibus adde Joachimum Beust. *in tract. de matrimon. part. 2. c. 24.*

Nec obstant, quæ pro stabilienda Canonistarum sentẽtia superius adducebantur. Prætendebatur *primò* accidentis & qualitatis errorem

rem esse, si quis duxit corruptam, vel meretricem, quam virginem, vel castam esse putavit, hujusmodi autem errore non excludi consensum, nec contractum vitiari, prout *in c.un.caus.29.quæst.1.* pro regula ponitur, & aliquot exemplis declaratur, veluti si quis emisset agrum sterilem, quem putavit esse fertilem, si quis duxisset pauperem, quàm divitem, ignobilem, quàm nobilem existimabat; *At respondendum*, non esse errorem merè accidentalem, & simplicis qualitatis, si quis ignorans ducat corruptam pro virgine, sed impingere in ipsam matrimonii substantiam, nihil quippe magis matrimonio adversatur, quam si ab alio sit cognita sponsa; quomodo enim vera sponsalia sunt, in quibus nihil verum neque genuinum conspicitur? quomodo purus maritalisque ibi erit amor? inquit Leo Imperator *in Nov.93.* Nec quid habent similitudinis, cum casu præsenti, exempla adducta, adeoque committitur elenchus non similium, ut similium, *siquidem* longè à se distant, dum puto me emere agrum fertilem, qui est sterilis, & cum puto me ducere virginem, quæ tamen virum passa est; levior est jactura, quam quis illîc, ac quam quis hîc patitur, cum agrum revendere liceret, uxorem non item: *eadem* est ratio reliquorum exemplorum, ideoque separata cum sint, nihil firmi inde infertur, *l.20.de minorib.*

Rectius exemplum casus propositi confertur cum eo, qui ignorans ancillam pro libera duxit, cujusmodi error matrimonium vitiat *c.2.c.ult.extr.de conjug servor: cap 4.c.6.caus.29.quæst.2.l:3.C.de incest. nupt.l.3.solut matrim.Nov.22.c.10:*

Arguebant *secundò*, à sponso ad sponsam, Et quia sponsus ex causa amissi pudoris repudiari nequit, utique nec sponsam repudiari posse inferebant; cum quod obtinet in uno correlativorum, idem etiam in altero obtinere debeat, *At sciendum*, tum demum à Relato ad correlativum inferri posse, si eadem in utroque sit ratio; secus si ratio sit diversa, tum enim argumentum à correlativis sumptum fallit: utpote, in descendentibus jus repræsentationis locum habet, in ascendentibus non item; sic liberi in feudis succedunt parentibus demortuis, non verò vicissim parentes liberis defunctis, quia

nimirum non eadem in correlato, quæ in Relato existit ratio; Sic & in casu præsenti diversa occurrit ratio, longe quippe fœdior est libido in fœmina, quam in mare; nec usque adeò à puellis curatur, quod procus cum aliis consueverit, pro ut mares horrent ducere vitiatam, adhæc semper marito metuendum foret, ne uxor ad priorem levitatem redeat, & marito inscio alienum substituat partum, quod in viro timeri nequit.

Quod *tertiò* à labe animi vitiati ad vitia corporis inferri voluit, indeque concludi, quod quia maritus uxorem ob animi vitium dimittere nequit, utique nec ob vitium corporis, puta ob læsam pudicitiam, repudiare illam queat. *Neganda* est consequentia; alioquin & ita inferre liceret, Maritus uxorem Atheam, & infidelem, repudiare non potest *1. Corin. 7.* Ergo nec adulteram repudiare poterit, cujusmodi illatio absurdissima foret?

Deinde vitium & labes animi non impingit in ipsam matrimonii substantiam, pro ut facit labes corporis, læsæque pudicitiæ macula, quippe cum conjugii proprium sit, castitas; atque ita non majores, sed longe minores quoad casum præsentem existunt animi vitiati labes, quam corporis, possuntque animi vitia facile corrigi, at pudicitia semel amissa restitui nequit, soletque scabies illa, si quam semel invasit fœminam, sine fine prurire, nec denique animi vitia, & qui iis laborant, adeo horremus, pro ut fœminas fornicantes, & pudicitiam prostituentes, aversamur, & ut infames fugimus.

Quod *quartò* addebatur contractum non rescindi, licet quis ignorasset conditionem personæ cum qua contraxit, quia inquirere debuisset, *id obtinet* in ejusmodi conditionibus & qualitatibus, quæ inquiri possunt & debent, puta, sitne, major, minor, pupillus, an servus, cum quo contrahimus: At quod attinet conditionem & qualificationem mulieris, quam quis ducere constituit, sitne virgo, an corrupta, difficulter inquiri potest, cum sine arbitris & testibus res illa peragatur, omnesque pro virgine habeant eam, quæ sub habitu virgineo incedit, essetque absurdum, & indecorum, in pudicitiam futuræ sponsæ sollicite inquirere, saperet inhonestatem, suspicio-

ſpicionemque læſæ pudicitiæ innueret, contra juris præſumptionem.

Ad *quintam* dubitandi rationem facilis eſt Reſponſio, *preterquam* n. quod propoſitio major argumẽti adducti, nõ ſit univerſaliter vera, uti conſtat *ex l. actus legitimi 77 de reg. jur.* & ibi notant Interpretes, ſciẽdum, quod quando quis ducit puellam, quam virginem eſſe putat, non ſub conditione, *Si fuerit virgo*, eam ducat, ſed purè in eam conſentit, tanquam virginem, quare ſi virgo non ſit, quam ducere conſtituit, rectè ob defectum cenſenſus ſeparatio petitur.

Non majorem difficultatem habent, quæ *ſexta, ſeptima & octava* ratione dubitandi continentur, quomodo enim conjugium, quo meretrix pro virgine ducitur, rectè conſummatum cenſebitur? cum voluerit ſponſus caſtam & pudicam ſibi eligere ſociam, cum qua caſte & honeſtè vivere, ſeque oblectare poſſet, quæ ſi non contigit, illam certè electam noluit, uti eleganter diſſeritur *in Novel. 93.* Imperatoris Leonis cujus verba ſuperius retulimus. Et quomodo quietum cõjugium cenſebitur id, à quo vir ob impudicam mulieris vitam, ſummo conatu, liberari petit? *Nec* à Deo ipſos conjunctos eſſe, ſtatui debebit, quippe cum Deus, ſpiritus ſit caſtus, & caſtitatis amans, minimeque probet, ut ſponſus, cum caſta ſocia caſtè vivere conſtituens, ludificetur: contrariam ejus voluntatem oſtendit legislator Moyſes, *Deuteron. 22. verſic. 13. cum ſeqq.* ubi quæ pro virgine nupſit, cum non eſſet, lapidibus obrui jubetur. *Nec* etiam, quod dicebatur, occulta delicta non eſſe manifeſtanda, nobis quicquam obſtat, *cum* de occulto ſtupro non loquamur, ſed de manifeſto, puta dum mulier ex alio eſt gravida, aut notoriè aliis ſe ſubſtituit.

Quod *nono* aſſerebatur, per copulam omnes conjugiorum conditiones purificari, ac perinde haberi, ac ſi purè contractum ſit, in eo tantum caſu obtinere, quando copula intervenit, & illud tantum inde inferretur, quod poſt copulam repudiari non poſſit, quæ pro virgine nupſit, talis autem inventa non fuit, ſed eam,

quæ

quæ nondum cognita fuit à sponso nihil pertinens: Deinde per copulam purificari non censebitur id, de quo quis verisimiliter nõ cogitavit, prout sponsus nullatenus suspicari potuit, aut debuit, sponsam suam ab alio compressam fuisse.

Non plus obstat *decima* dubitandi ratio, quâ dicebatur, quod quicquid benè gestum est semel, ex alio eventu retractari non debeat. *argum. l. 3. de offic. prætor.* siquidẽ quæ à falso magistratu gesta sunt, (cujusmodi casus refertur in allegata *l. 3. de offic. prætor.*) illa ob bonum publicum ratihaberi, & ex benignitate sustineri possunt & debent, ne scilicet jus redditum, cum multorum injuria, retractetur; at nulla suadet ratio, nec publica utilitas, ut sponsus cogatur ducere, vel retinere devirginatam: immò jubet potius, & suadet publica utilitas, ut viro subveniatur, matrimonium rescindatur, atque ita ejus conscientiæ consulatur, ne cogatur, vel planè aufugere, vel permoveatur insidiari uxoris suæ vitæ, quippe cum experientia doceat, quod coacta matrimonia difficiles soleant habere exitus: nec sperari potest reconciliatio, in casu, ubi ex causa læsæ pudicitiæ separatio petitur, testaturque experientia, viros plerunque ab uxoribus, quas coacti fuerunt ducere, aufugere, atque ita & se & uxores perdere.

Quod *undecimo* ex *l. 13. §. 6. & ult. ad leg. Iul. de adult.* afferebatur, stupri vel adulterii accusari non posse eam, quæ post cõmissum stuprum ducta est, eo quod serò accuset mores, quos uxorem ducendo maritus probavit, absolutè verum non est: *obtinet* in eo tantum, qui scivit stuprum antea commissum fuisse, ut patet ex penult. & aliis ejusdem legis, paragraphis, constabitque plenius ex his, quæ dicemus infra in refutatione specialis dubitandi rationis, casus propositi: *Deinde* quod dicitur, maritum non posse uxorem stupri vel adulterii accusare, si ante contractum matrimonium, adulterium vel stuprum sit commissum, distinguitur in sponsa, hanc enim maritus accusare poterit, si mulier eo tempore, cum ei fuit desponsata, stuprum admisit *d. l. 13 §. Divi Severus, & §. si minor, concord. l. propter 7. ibi nisi puella violata, sponsa ejus fuerat, C. eod.* qui est casus nobis propo-

propositus; *Praeterea* etsi maritus *ex l. Iul. de adult. & stupr.* uxorem accusare nequeat, si ante contractum matrimonium adulterium vel stuprum sit commissum, ei tamen consequens non est, quod propterea nec divortium peti possit, per ea quae superius ex jure divino, & civili, contra juris Canonici dispositionem fusè disputavimus.

Ad *l. alioqui 11. §. 1. de contrah. empt. duodecimo* allatam, respondendum, quod Ulpian. ait, Emptionem valere si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, eo quod in sexu erratū non sit, de summo, & stricto jure intelligendum venit, ipso quippe jure emptio venditio valet, & subsistit; at agi potest ad rescissionem cōtractus, si contrahens erravit in qualitate rei, eamque rem comparavit, quam, si ejus qualitatem, scivisset, non emisset, datâ eam in rem actione ex empto juxta *l. 11. §. 5. de actionib. empt.* ubi Ulpian. Si quis, inquit, virginem se emere putasset, cum mulier venisset, & sciens errare eum venditor passus sit, ex empto competit actio, ad resolvendam emptionem, & precio restituto mulier reddatur; atque ita conjungenda erit objecta *l. alioqui 11. de contrahend.* cum *l. ex empto 11. §. 5. de actionib. empt.* & quod, in priori, parcius dicitur, ex posteriori supplendum venit, maximè cum unus & idem utriusque legis sit Autor.

Quod *decimotertio*, de officio charitatis, & operibus misericordiae, adducitur, leve est, suaderi quidem id potest, at non imperari; & si quis sciens volensque meretricem ducere velit, prohiberi non debebit, quo errans foemina in viam reducatur, prout & Theologi in casu, praesenti, ubi deflorata pro virgine nupsit, omnem viam tentari suadent, quo ad reconciliationem perveniri possit.

Nec, uti *decimoquartò* objiciebatur, in casu dubio versamur; siquidem casum, ubi quis corruptam, quam pro virgine duxerat, dimittere satagit, & jure, & rationibus evidentibus solidè decidi, ex supra adductis abundè constat; in facto, si fortè dubium incidat, nec certò constet, Num vitiata sit, quam quis dimittere intendit, conquerens audiri non debebit.

Quod *deniq;* dicebatur, superiorem Canonistarum sententiam, à multis retro seculis consuetudine confirmatam, & judicando observatam fuisse, erroneum est; siquidem contrariam sententiam usus fori comprobat, atque ita in consistoriis ecclesiasticis observari, testantur Lntherus, Melanchthon, Beza & alii, locis suprà citatis, & ex ipsis rerum documentis constat.

Atque ita evicimus, eo etiam in casu, quando corruptio desponsationem antecessit, divortium omninò concedendum esse; *id quod* necesse fuit inquirere & ostendere, quia in dubium vocari voluit, Num versemur in casu, quo post desponsationem imprægnatio fuerit, subsecuta, eo quod uxor, cujus divortiũ petebatur, ante epulas sponsalitias, & antequam publicè, in præsentia parentũ, propinquorum, Amicorum, aliorumque eam ad rem invitatorum hospitum, desponsata fuit, cum servo suo domestico consueverit, ac ab illo se imprægnari siverit; *quanquam*, si facti circumstantias rectè intueamur, omninò dicendum sit, prout & supra non semel monuimus, in casu proposito non ante, sed post desponsationem, fornicationem commissam fuisse, nec quæ epulas sponsalitias, publicaque sponsalia, antecessit conventio contrahentium pro nudo tractatu haberi posse, sed pro contractu puro, perfectoque omnino habenda esse, proindeque fœminam, qua de agimus, sponsam de præsenti, adeoque veram uxorem, ab eo tempore extitisse, quod primum inter se de matrimonio convenerunt vidua & procus ipsius; siquidem ante imprægnationem purè & sine ulla aliqua conditione, quæ ad substantiam rei pertinuit, sibi viduam procus desponsarat, adhibito, parentum, propinquorum, & Amicorum, consensu, datisque in signum & testimonium desponsationis factæ, arrhis sponsalitiis, quæ utique sunt sponsalia de præsenti, adeoque verum matrimonium; cum nuptias sola maritalis affectio efficiat, nec desideretur, vel epularum datio, vel solennis in templum, domumque deductio, monente Ulpiano *in l. 15. circa fin. de conditionib. & demonstrat. & in l. 32. §. 13. de donationib. inter vir. & uxor.*

Sanè dilata fuit, mutuo utriusque contrahentis consensu, epu-

pularum

pularum datio, & publica desponsatio, ad conventum terminum, *at* nihil inde decessit contractui, inter ipsos contrahentes, purè celebrato; nec dilatio deliberandi causa fuit facta, sed quia sponsus suo cum hero, cui pro Amanuensi tum temporis inserviebat, domũ proficisci tenebatur: nec enim, ut & antea diximus, publica desponsatio, ad constituendum matrimonium, requiritur, sed, ut constitutum innotescat, & ne, si forte ab una, alterave parte negari velit, de probatione multum sit laborandum, ejusve inopia incidat; qua de causa etiam, epulæ sponsalitiæ dari solent, in signum videlicet & argumentum factæ desponsationis; suntq; epularum datio, & publica desponsatio, non de substantia matrimonii, sed sunt adjuncta, non necessaria, quæ possunt adesse, vel abesse, sine ulla ipsius rei deminutionem. *Et hæc de generalibus dubitandi rationibus*, pertinentibus ad quæstionum universalem, An qui ex alio gravidam, vel vitiatam duxit, quam virginem, vel castam esse, putavit, retinere teneatur. *Restat ratio specialis*, propter quam in proposita facti specie, à marito, petita separatio deneganda videbatur, ex circũstantiis facti desumpta; Cum n. posteaquam ipsi innotuit, uxore cum servo consuevisse, & ab ipso impraegnatam fuisse, nihilominus matrimonialiter cum illa vivere, lectiq; conjugalis debita persolvere perrexerit, utiq; priorem offensam remisisse videtur, nec proinde ad accusationem admittendus, cum serò accuset mores mulieris, quos semel approbavit, per text. *circa inductionem specialis hujus rationis dubitandi adductos.* Sanè, non parum marito separationem, ex causa commissæ fornicationis, petẽti adducta dubitandi ratio obstare videbatur, quo minus petitioni ipsius sit deferendum; quippe fatetur ipsemet, quod paulo post celebratas nuptias, uterus novæ nuptæ, insolenter, & cõtra morem recens nuptarum, intumescere inceperit; unde haud dubiam præcedentis concubitus conjucturã sumere potuit cõfirmavit præsumptionem illam, ex præmaturo uteri tumore, ortã, insolẽs, & per quam suspecta oratio, dum in præsentia ipsius mariti, in impia hæc proruppit verba, velle se ut quem primo edat infantem, diabolus existat; quæ certè non sunt voces, uxorum legitimum & ex

marito conceptum partum gestantium; accessit tertio, quod, dum institit apud ipsam, ut secum cœnâ Domini uteretur, illud renuerit, asserens, timere se ut bonâ conscientiâ cò eat, quæ utique malæ conscientiæ nota est insignis; Et denique quod proprio eduxerit ore, & apertè confessa fuerit, ipsi marito quærenti, cum servo acta gesta, cui uxoris confessioni merito plena fides haberi debuisset, consideratis, quæ illam præcesserant, Actibus & circumstantiis. Quod omne, cum neglexerit maritus, & quam ex alio gravidam cognoverat, ut uxorem suam tractare, lectique conjugalis debita persolvere perrexerit, utque petitioni ipsius nō videbitur deferendum, nec divortium concedendum..

Cæterum ex adverso attendebamus, *primò* quod, quando cum servo acta gesta uxor marito aperuit, vacillarit; *deinde*, quod factæ confessionis tempore temulenta extiterit; *tum*, quod die sequenti confessionem pridiè factam revocarit, omniaque pernegarit. Unde maritus dubius fuit redditus, & defectu mentis uxorem laborare præsumpsit, pro ut & alias in meliorem partem, maximè inter conjuges, præsumi debet, qua de causa etiam, animæ remedium quærens, apud ipsam institit, ut ad Domini cœnam secum eat, cogitans hocce medio humores Melancholicos corrigi & emendari posse;

Sanè si, posteaquam ipsi certò & indubitanter constitit, uxorem cum servo, carnaliter consuevisse, & ab ipso impraegnatam fuisse, nihilominus matrimonialiter cum illa vivere, lectique conjugalis debita persolvere perrexisset, utique priorem offensam condonasse, jurique suo renunciasse videri posset; atqui ex præmissa Facti narratione, liquet, quod posteaquam uxor extra domum, apud alios quoque, cum servo habitam commixtionem carnalem revelavit & præmeditatè confessa fuit, maritus omni dehinc conservatione conjugali abstinuerit, domo exierit, & ad suos se receperit; Unde, quod ex *l.13. §.fin.l.quæsitum 40. ad leg.de adulter. l.crimen 11. C. eod. l.cum mulier 47.ff. solut. matrimon. quemadm. dos petat.* afferebatur ad casum propositum non pertinet; siquidem, leges adductæ loquuntur de sciente; dum quis sciens stupratam duxit, sciens adul-

teram

teram in matrimonio retinuit, sciens uxorem, post crimen adulterii intentatum reduxit, ibi verum est, quod serò accuset mores mulieris, quos quis semel approbavit; ad ignorantem extendi nequeunt, quippe nemo censeri potest, ignorata approbasse, cum approbatio sit animi, nihil autẽ, secundum Philosophos, in animo, quod non prius fuerit in sensu, & cujus notitiam, quis, ex visu, auditu, vel quo alio sensu, perceperit.

Atque ita manet, pro separatione & divortio in casu proposito rectè Responsum fuisse.

DECISIO DECIMA SEXTA.

De Pasquillis, & libellis famosis. An capitalis famosi libelli pœna in l.un. C. de famosis libell. & artic. 110. ordinationis criminalis in Autores & propalatores constituta, illis quoque imponenda veniat, qui nomen suum subscribunt, seque autores profitentur?

GRAVISSIMUM esse Pasquillorum, & Famosorum libellorum crimen, ex Imperii constitutionibus, & pœnis illi impositis, luculenter constat, nec vir probus negabit, licet maledici homines leve illud putent, & nimium illi hodiè indulgeant, uti graviter de hoc conqueritur Oldendorp. *in l. diffamari, C. de ingen. manum. num. 5.* Wesenbec. *ad tit. Cod. de seditiosis & de his qui plebem contra Rempublic. audent colligere,* & post illos Petrus Heigius *lib. 2. quæstion. jur. quæstion. 31. num. 1.*

De pœna, libelli famosi, extat constitutio *in l. un. C. de famos. libell.* in ordinat. criminali Caroli V. *artic. 110* & in decretis comitiorum Imperialium *de anno 1524. 1530. 1541. 1548. 1567. 1577.* quibus capitaliter scelus hoc vindicari jubetur, & capite punitur, qui libellum famosum conscripsit, propalavit, sparsit, quive inventum non corrupit sed vim & contenta ejus aliis manifestavit, jure Pontificio

municatur *c.1.&.2.c.3.causa 5.quæst.1.ubi Canonistæ.* Clar.*lib.5.senten.§.fin.quæst.68.§.25.* Menoch.*de arbitrar.iudic.q.lib.2.cent.3.cas.263 n.35.* Solent tamen, quandoque famosorum carminum & pasquillorum autores, nomen suum profiteri, & subscribere; de quibus quid sit judicandum, & quâ pœna plectendi veniant, videndum. *Sanè* iniuriarum actione ab injuriato illos conveniri posse, caret dubio, *§ 1. Instit.de iniur.l.5.§.si quis,ff eod.* ubi inter causas, ex quibus injuriarum actio competit, refertur & illa, si quis libellum, carmen, aut historiam, ad alicujus infamiam scripserit, composuerit, ediderit, malo fecerit, quo quid eorum fieret.

At num talis scriptura, pro famoso libello sit habenda, ita ut rigida illa famosi libelli pœna, quæ *in l unic.C.de famos libell & in constitut.crimin.Caroli V.art.110 constituta fuit,* illis quoque imponenda veniat, qui nomen suum subscribunt, seque autores profitentur, controvertitur.

Scriptutam hujusmodi, famosum libellum judicari, adeoque superiorem pœnam locum habere, etiamsi nomen subscriptum sit, nec autor nomen suum dissimulasset tenet Wesenbec. *in paratitl.ff. ad tit. de iniur.& famos.libell.n.19.* Damhaudt *in prax.crimin.cap.138.n.3.* Bocer. *disputat.juridicarum class.3.disputat.4.de injuriis thes.35.* Harprecht. *in comment. ad tit. Instit. de iniur.§.1.n.151.* & novissimè Petrus Heigius *quæst juris lib.2.qu.31.n.22.cum seqq.*

Et ne nullum aliàs censeatur esse discrimen, inter famosum libellum, & aliam injuriam, scripto comprehēsam, respōdet Wesenbec.*d.loc.* & post eum P.Heigius *d quæst.31.nu.14.* famosum libellum esse, quo speciale, & certum crimen, puta adulterii, homicidii, furti, &c. alicui infamandi causa, objicitur, at si quis absque infamiæ nota contumeliosè per scripturam contemnatur, puta quod sit luscus, claudus, fatuus, &c. non esse famosum libellum, sed injuriam scripto illatam.

Moventur *primò* per *l.5.§.9. de injur & famos. libell* ubi Ulpian. si quis, inquit librum, ad infamiam alicujus pertinentem, scripserit, cōposuerit, etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine, condemna-

demnatus, intestabilis esse jubetur; quo ipso satis exprimi putant, famosum libellum esse, qui sub Autoris nomine edatur, ponderando particulam *Etiamsi*, quæ inclusiva, & idem de casu non expresso, prædicari vult.

Secundò adducunt *l.15. §.29. eod.* ut idem Ulpian. si quis, inquit, libello dato, vel principi, vel alii famam alicujus insectatus fuerit, injuriarum erit agendum.

Tertiò, sententiam illlam dilucidè comprobari putat Petrus Heigius, politica Imperii ordinatione Francofurti anno 1577. edita, cap. 35. § vnd setzen / ordnen / &c. ubi dicatur, non referre, utrum auctor nomen suum adjecerit, vel non; quæ constitutio, cum sit novissima, illam meritò attendendam, & secundum eam alias priores explicandas.

Cui accedit *quartò*, quod major sit impudentia ejus, qui in turpi facto nomen suum addit, & gloria apud alios, rerum imperitos, inde aucupari gestit, quàm qui occultat; ideoque non mitius puniendum, eo, qui nomen suum occultavit, ut cui aliquis adhuc insit pudor, nec tanta maledicendi audacia, & procacitas.

Urgent *denique*, quod nominis appositio, vel omissio, nihil ad criminis substantiam conferat, sed probationem ejus duntaxat respiciat *l.12 C. de probationib. l.4. ff. de pignor & hypoth.* ideoque nihil interesse, sive nomen addatur, sive omittatur.

Contra verò libellum famosum eũ solum haberi, qui Autoris nomine careat, probatur *primò*, quod Imperii constitutiones, quibus de Pasquillis, & famosis libellis agitur, suppressionem nominis & occultationem sparsionis, an unam omnes præsupponant.

Id quod, *secundò*, luculenter probat constitutio criminalis *art. 110.* ubi, verbis haud obscuris, famosus libellus definitur esse, si quis suppresso nomine crimẽ alicui objiciat, so einer jemãd durch schmach-Brieffe / die er außbreitet / vnd sich nach ordnũg d' Rechte / mit seinem rechtẽ Tauff.

Tauff vnd Zunahmen nicht vnderschreibet / Laster vnd Vbel zu misset / ut habent Germanica dictæ Constitutionis Carolinæ verba.

Nec allegata Imperii constitutio, eo elidi potest, *quasi* Carolus Quintus non loquatur de subscriptione componentis famosum libellum, sed de illa quæ secundum juris ordinem ab Accusatore in judicio fit juxt. *l.3.l.7 ff. de accusat. & inscriptionib. l.pen. & ult. C. eod. siquidem* Carolum Quintum, ibi de libello famos. ejus pœnâ, & definitione agere, ipsa verba & totus contextus, tam clarè docet, ut qui aliam interpretationem adducat, contra mentem & scopum constituentis, apertè agere censeatur.

Aliter constitutionem illam effugere tentat Heig. *d. quæst. 31. nu. 25. 27. & 30.* primò sequi negat, quod quia in constitutione Carolina nominis nulla fiat mentio, proinde nomine apposito, libellus famosus non sit; deinde constitutionis Carolinæ verba, ideo sic concepta fuisse, quia frquentius nomen occultetur, & rarius famosorum libellorum Autores nomen suum profiteri, seque subscribere soleant, at certum esse, quod, quę frequentioris usus causa exprimũtur, nullam inducant restrictionem, per gloss. *in clement. 1. de Rer. permutat.* Zas. *in l 2. §. mutui, n. 43. cum seq. de rebus cred si cert petat.* Tiraq. *de retract. proximit. §. 20. gloss. 1. nu. 4. & seq.* Molin. *ad consuetud. Paris. tit. 1. §. 28. num. 3.* denique, dato, aliam esse constitutionis Carolinæ mentem, nec ex illa, famosum libellum censeri, quando autor nomen suum subscripsit, attamen, cum recentior sit constitutio, quâ pro famoso libello, & illa judicetur scriptura, cui autoris nomen subscriptum fuit, promulgata Francofurti anno 1577. huic merito standum esse & secundum eam, alias priores explicãdas, ac supplendas, *l. fin ff. de constitut. princip. l. 26. cum seq de legib.*

At nullâ illarum responsionum elabi poterit, siquidem, quo ad primam clara sunt verba, voluisse Imperatorem, Famosum libellum definire, & ostendere quisnam delicti hujusmodi Reus censeri debeat, ut pœnâ, ibi constitutâ, plectatur.

Nec etiam ut *secundo* putabatur, propter usum frequentiorem, & quia frequentius nomen occultetur, constitutionis verba, ita cõcepta

cepta fuerunt, *siquidem* nõ ex eo quod frequentius fit, sed ex ipsa rei natura, definitiones constituuntur. Ideoque ut constet, quisnam in crimen famosi libelli incidat, & pœnâ illi præstitutâ, plectendus veniat, illum criminis hujus reum esse constituit, qui per famosum libellum, occultè propositum, alteri crimen objicit, quo periculum diffamato inde creetur; annotante Remo *in paraphrasi dictæ constitutionis Carolinæ*, post Tiber. Decian. *consil. 24. nu. 19. lib. 4.* ubi, relatam modo Famosi libelli definitionem, refer & sequitur in casu ibi proposito: Tertia, contra constitutionem Carolinam allata instantia, solutionem habebit ex his, quæ ad tertium, contrariæ sententiæ fundamentum respondebuntur.

Tertium, sententiæ nostræ fundamentum, desumitur *ex l. unic. vers. sanè si quis, C. de famos. libell.* ubi Impp. Valentinianus & Valens, publico edicto prohibent, ne quis libellum famosum clàm spargat, famamq; alterius suggillet, sed ut si quis devotionis suæ, ac salutis publicæ custodiam gerit, nomen suum profiteatur, & quæ per famosum libellum persequẽda putaverit, ore proprio edicat; ubi cum opponantur, per famosum libellum crimen persequi, & nomen suum profiteri, oreque proprio crimen edicere, oppositio illa luculenter arguit, famosum libellum esse, quando autor criminis objecti, nomen suum celavit.

Respondent, nihil adversari constitutionem *d. legis unic. C. de famos. libell.* quippe quod Impp. de sub, & inscriptione Accusatoris, quæ legitimè fit in judicio, verba faciant. *At* frustrâ: licet enim detur quod Impp. *in d. l. unic.* de hac ipsa subscriptione, quæ ab Accusatoribus in judicio fieri solet, loquantur, ipsa tamen oppositio, quæ fit inter eum, qui taliter se subscripsit, oreque proprio crimen edixit, & inter illum, qui per famosum libellum crimen objecit, satis, ut dixi, judicat, famosum libellum esse, quando autor criminis objecti nomen suum celavit, nec se subscripsit.

Cui accedit, *quartò* quod omnes aliæ, diversorum populorum, ordinationes politicæ, quibus de Pasquillis, & famosis libellis, eorumque pœna, agitur suppressionem nominis, & occultationem

ſparſionis præſupponant; prout in ſpecie facit conſtitutio Electoralis Saxonica, ordine 44 *part.4.*

Nec etiam aliàs, quod eſt *quintum* ſententiæ noſtræ fundamentum, inter famoſum libellum, & injuriam ſcriptam, diſcrimen dari poſſet, ſi pro famoſo libello haberi debeat ſcriptura, cui Autoris nomen ſubſcriptum fuit.

Quod enim attinet diſcrimen, ex Weſenbecio, & Petro Heigio, ſuperius relatum, omni id ratione & fundamento caret. Famoſum libellum, ajunt, eſſe, quo ſpeciale, & certum crimen, puta adulterii, homicidii, furti, diffamandi cauſa, alicui objicitur, ſin vero, quis, abſq; infamiæ nota, contumelioſè per ſcripturam contemnatur, puta quod ſit luſcus, claudus, fatuus, non eſſe famoſum libellum, ſed injuriam, ſcripto illam; *At* non probant, nec ullā dari poteſt juris conſtitutio, qua diſcrimen adductum ſtabiliatur, aut, circa pœnæ impoſitionem, obſervatum fuerit.

Deniq; ſententiam noſtram, quâ famoſum libellum cum ſolum aſſerimus, qui autoris nomine careat, nō vero quando ſcripturæ, ad infamiam alicujus compoſitæ, autor nomē ſuum ſubſcripſit, & pro ſua agnovit, ipſa æquitatis ratio, & interpretatio conſtitutionum pœnalium, comprobat; *ſiquidem* conſtitutiones pœnales non eſſe extendendas, ſed ſtrictè interpretandas notum eſt *ex c. odia, de regul. jur. in 6. cap. ſtatutum 22. de electionib. in* 6. & tradunt interpp. communiter *lib. 6. præſumpt. 4. n. 33.* Menoch. de præſumpt. *lib. 6. præſumpt. 4. nu. 33.* inque iis, mitior interpretatio ſequenda *l. 10. §. fin. de reb. dub. l. 4. de ſuſpect. tut. l. 32. l. 42. de pœn. l. 56. l. 155. l. 168. 192. §. 1. de reg. jur.* Farinac. *in prax. crim. lib. 1. tit. 2 quæſt. 19. n. 3.* Menoch. *de præſumpt. lib. 5. præſumpt. ult. n. 2.*

Unde, cum anteriorum Imperatoum, & recentiores Imperii conſtitutiones, quibus de Paſquillis, & famoſis libellis, agitur, de eo ſolo, qui ſuppreſſo nomine, crimen alicui objicit, loquantur, utique intra illos terminos reſtringendæ erunt, nec ulterius extendendæ.

In contrarium, quæ adducta fuerunt, tanti momenti non ſunt, ut in diverſam ſententiam, judicem dimovercre debeant.

Quod

Quod enim *primò* attinet *l.5.§.9.de injur.& famos.libell.* illud tantum Ulpian. voluit, quod pœnâ, ibi constituta teneatur, non solum is, qui sine nomine librum famosum elidit, sed & qui nomē quidem addidit, at fictū, & alienum. Et sanè, cum tex. *in constitutione criminali & d.l.un.C.de famos.libel.* satis sint aperti, & in specie loquantur, non est quod ex indefinito, & obscuriori loco, propositæ quæstionis decisionē petamus; ut taceamus, quod licet paragraphus objectus, de eo quoq; exaudiatur, qui subscripto nominē librū ad alicujus infamiam, conscripsit, id tamen disputationi nostræ, quæ est de famoso libello in specie ita dicto, & ejus pœna nihil obstet; quippe nō tractatur ibi, de definitione libelli famosi, neq; de pœnis ipsius, ut quæ longo tēpore post, novis Imperatorum constitutionib. introductæ sunt, sed agitur ibi, de aliis injuriarū pœnis, ut constat ex *d.§ 9.& leg. seq.* itaq; non debent gravissimæ illæ, posteriorib. temporib. latę cōstitutiones cum suis pœnis severissimis, illis legibus, quæ de mitioribus casibus, & pœnis tractant, quicquā adjicere, per ea, quæ circa ultimā decidendi rationē adduximus, & inferuntur, *ex l.13.§.pœna, de his qui notant.infam.l.interdum 56.§.qui furem, ff.de furt.* Facilior est responsio, *ad l.15.§ 29.de injur.* Agitur ibi de injuria, quæ per scripturā principi vel judici, contra alium datam, (qualis est libellus supplex) alicui infertur, non verò, de libello famoso, in specie ita dicto; ut proinde mirer, legem illam in confirmationem sentētiæ contrariæ adductam fuisse. Ad *tertium* cōtrariæ sententiæ fundam. desumptū ex constit. Imper. *de anno. 1577.* respondemus; hoc tantum ibi, dici, & præcipi, ne libri, ad infamiam & cōtemptum alterius scripti, imprimantur vendanturve, etiamsi nomen Autoris adjectū sit; de famoso libello, ejusq; pœna, ne verbo quidē ibi tractatur: deinde incivile esse, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare, vel respondere, inquit Celsus JCtus, *in l.24.de ll.* Quapropter sequentia quoq; dictæ constitutionis verba legi debuissent, & cōstitisset circa finem, ubi de pœnis agitur, disertè suppressionem nominis supponi; id quod etiam, contra P. Heigium animadvertit additionator ad decisiones Matthæi Coleri *decis.154.n.16.*

 Circa

Circa *quartum* pro contraria ſententia allatum argumentum, committitur Elenchus non minorum, ut minorum. Longè profectò majus, & deteſtabilius eſt crimen, occultè famam alicujus ſuggillare, quàm in faciem, cui maledicere; contra hunc jure, legeq; ſe defendere, & vindicare licet; at contra clandeſtinum ejuſmodi obtrectatorem, non habemus, quod agamus; ideoque, ſi qua ratione innoteſcat, durius in ſui pœnam, & terrorem aliorum, ne conſimilia audeant, plectendus venit.

Vltimum quod attinet, refutatur, apertè ex conſtitutione Imperatorum Valentiani & valentis. quæ extat *in l.un.C.de famoſ.libell.* & ex ordinatione criminali Caroli Quinti *artic. 110.* ut ex ſecunda & tertia decidendi rationibus luculenter conſtat. Atque ita firma manet concluſio, famoſum libellum eum ſolum haberi, qui Autoris nomine careat, non vero, quando ſcripturæ, ad infamiam alicujus compoſitæ, Autor nomen ſuum ſubſcripſit, eamque, pro ſua, agnovit.

DECISIO DECIMA SEPTIMA.

An qui verum alicui crimen, per libellum famoſum, objecit, pœnâ in Autores & propalatores Paſquillorum conſtitutâ plectendus veniat?

FAMOSI libelli Autor, poſteaquam imputati criminis convictus fuit, ad probationem adulterii objecti ſeſe obtulit; Quæſitum, An ſit audiendus, & ſi verum eſſe oſtenderit, quod diffamato objecit, à pœna immunis evadat: Conabatur id evincere famoſi libelli Autor, rationibus ſubſequentibus.

Allegabat *primò*, quod ex intentione & propoſito maleficia diſcerni & æſtimari debeant *l. qui injuria 53. de furt. l. perſpiciendum 11. §. pen. l. aut facta 16. §. 8. de pœn. l. 2. §. 2. vi bonor. raptor. l. 1. §. 3. l. 3. §. 2. leg. 14. ad l. Cornel. de ſicar. l. 5. C. de injur. l. ſi quis 5. C. de Epiſcop. & cleric. l. 79. l. 108.*

l.108.de reg.jur. Atqui in casu proposito non injuriandi & diffamandi animo, Pasquillum editum & affixum fuisse, sed ut publicè innotescat adulterii crimen, & magistratui ansa inquirendi detur; qua de causa etiam, non simpliciter Actori adulterium objecerit, sed loco, tempore, aliisque cirumstantiis, depinxerit; nec defuisse causam, cur clam potius, quam palàm, sit objectum; quippe quod Autoritatem diffamati fuerit veritus & amicorum potentia deterritus, quo minus publicè edixerit, quæ clam divulganda putavit.

Deinde, uteunque diffamandi & injuriandi animo Pasquillus affixus fuisset, (*dato, non concesso*) attamen, ostensâ veritate criminis objecti, à pœna se immunem futurum, per text. *in l.18.ff.de injur. & famos.libell.* ubi Jureconsult. Paulus, iniquum esse, ait, ut, qui nocentem infamavit, eam ob rem condemnetur; non distingui, quo animo crimen fuerit objectum; *immò* certo certius esse, Paulum de eo, qui injuriandi & diffamandi animum habuit, verba facere, alioquin enim, si abfuisset animus injuriandi, nulla subfuisset dubitatio, quin cessaret injuriarum actio. & eo nomine condemnatio *l.3.§.1.de injur. l.si non convicii 5.C.eod.*

Cui *tertiò* accedit ratio juris; ne enim delicta maneant impunita, contrà quā præscribitur *in l.ita vulneratus 5.§.2.ff ad l.Aquil.* utiq; crimina in publicum proferri publicè expedit per text. *in l.18.ff.de injur.* ubi Paulus, cum dixisset, iniquum esse, ut, qui nocentem infamavit, eam ob rem condemnetur, dicti sui rationem subjicit, quod peccata nocentium nota esse debeant.

Id quod *quartò* in proposita facti specie potissimum obtinet, cum tale objectum fuerit crimen, quod sciri & manifestari, Reipub. intersit & expediat, quo casu, veritas convicii excusationem præbet; quippe communi Doctorum calculo receptum, & approbatum fuit, ut, si quis injuriosis verbis veritatem dixerit, alterive crimen verum, quod probare possit, objecerit, non teneatur, si crimen subsit tale, quod Reipubl. intersit sciri, atque innotescere; puta, si quis alium furti, latrocinii, homicidii, adulterii, &c. insimulet, hujusmodi enim delicta nota esse, Reipubl. interest, quo ut sontes

puniantur, & alii à consimilibus delictis exemplo pœnæ deterreantur, per ea quæ latè tradit Andr. Geil. *2. observat. 99.* quem ad id allegant, & sequuntur Andr. Fachin. *9. controv. 10.* Harprecht, *in commen. ad §. 1. Instit. de iniur. n. 98. cum seqq.*

Nec *quinto* salva conscientia crimen reticeri potuisse; cum cui objectum fuit, verbi divini sit minister, & Ecclesiastis officio fungatur, quo casu maximè Reipubl. interest & expedit ecclesiæ, delictũ hujusmodi pateferi, quo ut delinquens, tanquã inhabilis & infamis, in dignitate pastorali removeatur *arg. l. C. de infamib.* & ne alios, quos ad castitatem admonere debeat, vitæ pravitate seducat.

Sextò, idem evinci putabatur *ex l. unica, C. de famos. libell.* ubi qui crimen objectum probavit, laude & præmio dignus esse asseritur.

Idem *septimò*, comprobari videtur, rescripto Gregori Pontificis, quod extat in decretis *part. 2. caus. 5. quæst. 1. cap. 2.* ubi libellorum famosorum, Autori parcitur, si publicè docere & probare possit, quæ clam objecit.

Cui *octavò* concordat *cap proximè præcedens*, ubi dum flagellari jubetur, qui in publico, alterius diffamandi causa, scripturam, aut verba contumeliosam, confinxit, si scripta non probaverit, utique qui probavit, à pœna immunis erit, *argumento ducto à contrario sensu.*

Denique, famosi libelli pœnam cessare, si crimen verum alicui sit objectum, quod publice expediat, notum esse, post alios, tenet Cynus *in l. un. C. de famos. libel.* Angel. *l. 5. §. ult ff. de injur.* quos sequitur Andr. Fachin. *9. controv 11.*

Contra verò, famosi libelli Autorem puniendum esse, sive falsum, sive verum crimen, alicui objecerit, seque ad probationem illius obtulerit, post gloss. *in l 18. de injur.* generaliter, & indistinctè tenet, Menoch. *de arbitrar. judic. quæstionib. lib. 2. cas. 263. circ fin.* Covar. *lib. 1. resolution. cap. 11. nu. 7.* Wesenb. *in paratitl. Digest. de injur. & famos. libell. num. ultimo.* Mynsing. *4. observat. 4.* ubi ita in Camera Imperiali judicatum esse refert. Idem præjudicium extat apud Tileman. de benign. *in observationib. pract. observat. 86.*

Atque

Atque ita etiam in casu proposito responsum memini per text. *in constitut. criminal. articul 110.* ubi Carolus Quintus apertè sanxit & constituit, veritatem libelli famosi diffamantem non excusare; Ob sich auch die aufgelegte Schmach/ der zugemessenen That/ in der Warheit erfünde/ soll demnach der Außrüffer solcher Schmach nach vermögen der Rechte vnd ermessigung deß Richters gestrafft werden/ habent Germanica, dictæ constitutionis, Carolinæ, verba.

Cui accedit *secundo* textus *in l un. C. de famos. libell.* ubi Imp. Valentinianus & Valens, publico edicto prohibent, ne quis libellum famosum clam spargat, famamque alterius sugillet, sed ut, si quis devotionis suæ, ac salutis publicæ, custodiam gerit, nomen suũ profiteatur, & quæ per famosum libellum persequenda, putaverit, ore proprio edicat, pœnâ capitis constitutâ, in eum, qui contra prohibitionem illam, libellum famosum clam spargere, præsumpserit. *Agitur* ibi, de libello famoso in genere, isque, sub dicta pœna, spargi prohibetur, nec distinguitur, quale crimen, verum ne, an falsum, eo cõtineatur; *imo,* nec vera crimina, per libellos famosos, spargi debere, eo ipso satis innuitur, dum, qui devotionis suæ ac salutis publicæ, custodiam gerit, nomen suum profiteri, & quæ, per famosum libellum persequenda, putaverit, ore proprio edicere jubetur, quod utique in crimine non vero verificari nequit.

Respondent contrariæ sententiæ autores, in d. constitut *l. unicæ, C. de famos. libel.* non dict pœna capitali plectendum eum, qui verum crimen, libello famoso, complexus fuerit. Displicere quidem Imper. Valentin. & Valenti, Eorum audaciam, qui libellis famosis vitam alicujus carpunt, licet vera crimina objiciant, moneri etiam, ut accusent, potius, & probent crimina, prœmiũ & laudem inde relaturi: verũ non dici tales, si vera dixerint, plectẽdos esse, nec adjici imponiveq; pœnã facienti, contra admonitionẽ; ideoq; edictũ illud in dubio ita accipiẽdum esse, ut non adversetur Pauli respõso, quod extat *in l. cum qui 18 ff. de injur.* ita ut capitali pœnæ subjiciatur ex constitut. *d. l. unic*, qui per libellum famosum, falsa objecit, nec crimina objecta probavit vera esse; non vero qui nocentem infamavit, juxt.

juxt. responsum Pauli *in d.l.18. de injur.* At alienum sensum *d.l. unica*, contra mentem Imperatorum, apponi, nec veram esse interpretationem modo allatam, apertè patet, ex inductione textus à nobis facta, & constabit planius, ex his quæ respondebuntur, *ad l.18* in contrariam adductam.

Ad idem comprobandum, allegat, post alios, Mynsing. *d. loc. l. 5. §. 9 ff. de iniur. & famos. libell.* ubi, qui librum, ad infamiam alicujus pertinentem, scripsit, composuit, edidit, dolove malo fecit, quo quid eorum fieret, intestabilis esse jubetur; nec distinguitur, verumne, an falsum delictum, libello ejusmodi contineatur.

Solet & in eandem sententiam citari *l justissimos 3. C. de offic. Rect. provinc.* item *l. quisquis 5. C. de postul. l. 2 C. quand. & quib. quarta pars.* At illis, quippe infirmioribus, non utimur; *Sufficit* nobis constitutio *l. un. C. de famos. libell.* & quæ in terminis terminantibus, loquitur, ordinatio criminalis Caroli Quinti, *art. 110.* Nec deest ratio, cur, qui verum alicui crimen, per libellum famosum, objiciat, non minus plecti debeat, quam qui falsum dixit; quo nimirum petulantia obtrectatorum & malevolorum hominum, & magis coerceatur, & ne, sub prætextu veritatis demōstrandæ, alii incitentur, ut audeant consimilia, sicque bonorum virorum fama, malevolorum diffamationibus publicè exponatur, non sine summa reipubl. perturbatione, & luxatione disciplinæ publicæ.

Nec quæ supra, in defensionem facti Pasquilli, & pro excusando ejus autore, allata fuerunt, tanti sunt momenti, ut in contrariam sententiam, quem dimovere debeant.

Quod enim in *primò* allegabatur, ex intentione & proposito, maleficia discerni, & æstimari debere, nec pœnæ locum esse, quando sine dolo malo, & non prava intentione, quis quid fecit, *fallit*, & distinguitur, in delicto mali exempli, *puta*, si detur amatorium poculum, quod qui dat, etsi dolo non faciat, & bona intentione det, quo nimirum alterius amorem, sibi conciliet, quia tamen mali exempli res est, humiliores in metallum damnantur, honestiores in insulam, amissâ parte bonorum, relegantur, quin, & si is, cui datum

est, in-

est inde perierit, is qui dedit, summo supplicio afficitur, *l.38. §. qui abortionis. ff. de pœn.* atqui tale esse crimen famosi libelli, in aperto est. quippe, admissa veritatis probatione, obtrectatorum calumniis, & malevolorum hominum morsibus, fenestra aperietur sicque bonorum virorum fama, improborum, diffamationibus publicè exponeretur, non sine summa Reipublic. turbatione, & luxatione disciplinæ publicæ, cui in bene constitutis Rebuspublicis omni conatu resisti debebit. Accedit quod in casu proposito, famosi libelli autor, ipsis Imperii constitutionibus indistinctè puniri jubeatur, sive verum, sive falsum dixerit; ut ita de intẽtione facientis, super vacuum sit inquirere. Adhæc, si Reip. consultum, & ecclesiæ Christi prospectum voluisset, in publicum prodire debuisset, & quæ per famosum libellum persequenda putavit, ore proprio edicere, prout præscribunt & mandant Impp. Valentinianus & Valens *in l. unic. C. de famos. libell.* Nec causæ allegatæ, ita sunt comparatæ, ut à publica delatione, quem deterrere potuerint, debuerintve.

Similiter nec reo nostro patrocinabitur, quod scribit Paul. *in l. 18. de iniur.* iniquum esse, ut, qui nocentem infamavit, eam ob rem condemnetur, *siquidem* primo Paulus, de simplici injuria, loquitur, & ibi parcendum putat ei, qui nocentem infamavit, at, si per libellum famosum, nocenti crimen sit objectum, veritas convicii nõ excusat per text. in constit. criminal. *art. 110.* & *l. un. C. de famos. lib.* prout & aliàs, libellus famosus, à simplici injuria, multum distat, multaq; habet singularia, cujusmodi est, quod famosi libelli persecutio non finiatur anno, nec annui temporis spacio, ipsi præscribatur, eò quod non sit prætoria, sed legitima *l. 5. §. 9. Digest. de injur. & famos. libell l. 6. eod. l. unic. C. de famos. libel. art. 110. constit. criminal.* & criminum persecutio, annalibus præscriptionibus non excludatur, ut dicitur, *in l. querela 12. C. de fal.* id quod, in simplici injuria, secus se habet, siquidem actio injuriarum, verbis vel scripto, illatarum, anno finitur, nec post annum agere licet, juxta *l 5. C. de iniur.*

Regerunt, quod Paulus *in d. l. 18.* indefinitè agat, & loquatur, de eo, qui quem infamavit, infamare autem, qui quid dixit, quod fecit.

Dd quod

quod ad alterius infamiam spectat, *l. 15. §. 2. de injur.* puta, si quis librum, ad infamiam alicujus pertinentem, scripserit, composuerit, ediderit], dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret *l. 5. § 9. eod.* At vero, licet non minus, immò fortius infamet, qui, per famosum libellum, famam alterius carpit, quàm qui apertè verborum convicio, quid injuriosum dixit, vel scripsit, attamen, cum de famoso libello, in specie ita dicto, prout accipitur *in l. un. C. de famos. libell. & in constit. Caroli artic. 110.* aliud sit constitutum, & ipsis Imperii constitutionibus, famosi libelli autor indistinctè puniri jubeatur, sive verum sive falsum, dixerit, utique, quod Paulus scribit iniquum esse, ut qui nocentem infamavit, eam ob rem condemnetur, non pertinebit ad eum, qui pasquillum fecit, & alterius famam, clam denigrare ausus fuit, sed restringi debebit, ad simplicem injuriam, & de eo solo accipi, qui voce vel scripto quid injuriosum alicui palam objecit.

Præterea, nec in simplici injuria absolute verum est, quod veritas convicii excuset injuriantem, sed hactenus id obtinet, si absq; injuriandi animo, publici commodi promovendi causa id fiat per text *in d. l. 5. C. de injur.* ubi Impp. Diocletian. & Maxim. supplicanti limitatè rescripserunt, quod fides veri, à calumnia, & pœna ipsum defendat, si nimirum probare possit, non convicii consilio aliquid injuriosum se dixisse, secundum quem textum, distingui ac limitari debebit, responsum Pauli *in l. 18 ff de injur.*

Quo attento, nihil obstat dissentientiũ instantia, generaliter & indefinitè conceptum esse Pauli responsum, nec distingui, quo animo crimen fuerit objectum, *siquidem* leges ex legibus sunt explicandæ, nec novum est, ut quod una lege generaliter dicitur, ex alia distinguatur, adeoque, quod dicit Paulus *in leg. 18.* non esse bonum & æquum, ut, qui nocentem infamavit, eam ob rem condemnetur, verum est, sed sub distinctione, nisi animo injuriãdi factum sit, tunc enim veritas convicii, conviciantem non excusat, juxta *l. si non convicii, C. de injur.*

Instant

Instant *Ulterius*, Paulum *in dict. l. 18.* de eo, qui injuriandi, vel diffamandi animum habuit, verba facere, quia alioquin, si abfuisset animus injuriandi, nulla fuisset dubitatio, quin cessaret injuriarum actio, & eo nomine condemnatio *leg. 3. §. 1. leg. 26. leg. 44. de injur. leg. 5. Cod. eod.*

At *respondendum* injuriandi animum præsumi ex verbis injuriosis, *d. l. 5. C. de injur.* prout & alias generaliter, in delictis dolus præsumitur per trad. à Geil. *2. obs. 110. nu. 8.* Ideoque, si quid injuriosum sit dictum, vel scriptum, inde injuriarum actio competit, quod si verò reus conventus excipiat, non injuriæ faciendæ animo se dixisse, vel fecisse, idque probare poterit (prout probatio hujusmodi, ipsi incumbit, per tex. *in l. si non conviciis. C. de injur.*) utiquè exceptione illa opposità, & probatâ, eliditur actio intentata, & condemnatio evitatur *leg. 2. de exceptionibus.* Ideoque, non sequitur injuriarum actio competit. Ergo injuriandi animus adfuit, cum ex verbis injuriosis injuriarum actio competat, & subsistat, donec excipiendo elidatur & probetur, non injuriæ faciendæ animo dictum esse id, unde injuriarum actio intentata fuit.

Ad *tertium* contrariæ sententiæ fundamentum, facilis est responsio. Licet enim Reipubl. intersit, delicta publicari, ne maneant impunita *leg. 51. §. 2. ad leg. Aquil. leg. 18. ff. de injur.* non tamen illicito, sed debito modo publicatio illa fieri debet, *per textus supra adductos.*

Unde &, *quartum* ex parte rei, allatum argumentum facilè dissolvi potest. Etsi enim objectum adulterii crimen, ita sit comparatum, ut sciri & manifestari Reipublic. intersit, non tamen illicito sed debito modo illa publicatio fieri debuisset.

Deinde, quod attinet communem interpretum opinionem, qua asseritur veritatem convicii, excusationem præbere, si crimen subsit tale, quod Reipublic. intersit, sciri, atque innotescere, de simplici injuria omnes id accipiunt, ad famosum libellum nõ extendunt, nec extendi potest: si enim per libellum famosum,

sive pasquillum ut vulgò vocatur, crimen alicui sit objectum, nec veritas criminis, nec Reip. utilitas objicientem excusabit, ut probatur apertè per text. *in l.un.C.de famos.libell.*

Agitur ibi, de famoso libello, in genere, isque sub pœna capitis spargi perhibetur, nec distinguitur quale crimen eo contineatur, Num Reip. intersit, illud manifestari, nec ne.

Immò, nec crimina quæ manifestari Reip. expediat, per libellos famosos, spargi debere, eo ipso satis innuitur, dum qui salutis publicæ custodiam gerit, nomen suum profiteri, & quæ, per famosum libellum, persequenda putaverit, ore proprio edicere jubetur, quod utique in crimine, cujus manifestatio ad salutem & utilitatem Reipub. non pertinet, verificari nequit. Idem evincitur, *ex leg.5.§.9 de iniur.& famos.libell.* ubi qui librum, ad infamiam alicujus pertinentem, scripsit, composuit, edidit, dolove malo fecit, quo quid eorum fieret, intestabilis esse jubetur, nec distinguitur, talene fuerit crimen objectum, ut patefieri & manifestari Reip. expediat, nec ne.

Patet & luculenter, ex constitutione criminali *art.110.* ubi Carolus Quintus, apertè sanxit & constituit, veritatem libelli famosi, diffamantem non excusare, nec distinguitur, qualenam crimen sit objectum, & an expediat Reip. illud sciri, nec ne.

Præterea, nec de simplici injuria, absolute verum est, quod veritas convicii injuriantem excuset, si crimen subsit tale, cujus manifestatio ad salutem & utilitatem Reip. vergat, sed hactenus id obtinet, si absque injuriandi animo, publici commodi promovendi causa, crimē ejusmodi objectum fuisset, uti post alios, rectè monuit Vult. *in comment.ad §.1.n.3 Instit.de iniur.* per text. *in l.si non convicii 5. C.de iniur.* Cui concordat text. *in c.14. & cap.45. causa 23.q.5.* ubi dicitur, pravum animum revelantis, rem efficere iniquam.

Quibus attentis facilis erit responsio, ad *quintum*, ex parte rei allatum argumentum; Licet enim in casu proposito Reip. maximè interfuerit, adulterii crimen, parocho objectum, patefieri, non tamen illicito, & legibus prohibito modo, manifestatio illa fieri debuit.

Nec

Nec difficilior est responsio, ad *sextum* Rei fundamentum, desumptum *ex l.un.C.de famos.libel.* quod enim laude & præmio dignus esse dicitur, qui crimen objectum probavit, non de quovis objiciēte asseritur, sed de eo, qui legitimè objecit, & ad magistratum, rem illam detulit, uti mens illa Imperatorum, ex ipso textu, luculenter patet.

Quod attinet textus, ex jure Canonico *cap.1.& 2.caus.5.quæst.1.* adductos, nosse debemus, mitius aliquantò jus Canonicum, ea in re egisse, pro ut & ex constit. Caroli Quinti, non ordinaria famosi libelli pœnâ, Autor ejus plectitur, si objecta vera esse ostenderit, sed arbitrariè punitur *art.110.* constitutionis criminalis.

Atque ita manet, veritatem convicii, per libellum famosum objecti, ipsum objicientem, non excusare, à pœna, in autores & propalatores pasquillorum constitutâ, prout & Cameræ Imperialis assessoribus placuit, referente Mynſ. *4.obs.4.* & Tilemanno de Benig. *observ.practic.observat.86.*

DECISIO DECIMA OCTAVA.

De Retorsione verbalium injuriarum, quam vim habeat, & Anne Actio injuriato competens, per illam extincta & sublata censeatur?

MOTA fuit injuriarum Actio à Senatu civitatis R.S. contra M. I.S. Professorem Facultatis Philosophicæ in Academia R. quasi in relatione quadam historica suppresso Autoris nomine in publicum emissa Actores tacendo vera, & narrando falsa, injuriosè traduxerit, & diffamarit.

Reus conventus exceptionem extinctæ, & non amplius competentis actionis, opposuit; cum enim Actores contrariam relationem satis scabiosam ediderint, & injurias, quas sibi illatas putarant in Autorem nominatim retorserint, sibique ipsis ultionem sumpserint,

rint, inde actionem, si qua fortè senatui competiisset, extinctam fuisse, nec cum effectu amplius intentari posse; Quæsitum à nobis, Num per exceptionem oppositam, elisa sit injuriarum Actio, adversus excipientem mota. Similiter, cum à Parocho primario, civitatis G.T. Senatus, & administratores rerum, ad civitatem pertinẽtium, è suggesto templi, sub publicâ cõcione, scabiosè notati, & furti haud obscuri insimulati essent, quasi multum ditescerent, lauteque viverent, Republicâ interim pessum eunte; addito, cum ex hæreditate paterna, nòn ita multum acceperint, Facile conjecturam capi posse, unde sumant, de quo tam laute vivant, & verò Senatus bene sibi cõscius, per Notarium & testes, injurias modò dictas, dicto Parocho in sinum proprium remisissent & retorquendo se defendissent. *Quæsitum*, Num, Retorsione non obstante, *ex l. diffamari, C. de ingen manumiss* contra Parochum suum agere, & processus, contra ipsum, ipsis à judice, per supplicem libellum eâ de re adito, decerni debeant?

Et sane in priori facti specie, exceptionem rei conventi admittendam, & eâ probatâ, Reum ab instituta reconventione (reconveniendo quippe, injuriarum actio mota fuerat) absolvendum esse, Responderunt Jureconsult in Academia J, N.

Idem etiam in thesi, & quod verbalium injuriarum actio, legitima relatione, sive, ut vulgo vocatur, retorsione aboleatur, ita ut ab hac, ad illam, non detur regressus, respondit Bartol. de Saxoferrato, *1. consf. criminal. 5. n. 12.* Alciat. *in singulari consil. de duello circa princip.* Guilhelm. Omiac. *lib. quæstion. jur. philosophic. qu. 4. n. 5.* quos allegat & sequitur Bocer. *disput. suarum class 3. disput. 4. quæ est de injur. & fam. libell. thesi 78.* Idem *in tractatu de famosis libellis c. 3. ad fin.* & post illum Harprecht. *in comment. §. adhæc actio. Instit. de injur, n. 78. cum seqq.*

Nec sine ratione, in proposita facti specie à Jureconsultis Academiæ I.N. pro cõsulente responsum, & in thesi ab interpp. suprà relatis, pro affirmativa, quæstionis nostræ sententia decisum & cõclusum. Constat quippe *primò*, quod injuriarum Actio, ad vindictam tendat, & vindictæ causa instituatur teste Ulpian. *in l præter 7. §. 1. de iniur. & Paulo in leg. 2. §. 4. de collat. bonor.* At quando quis injuriam

sibi

ſibi illatam retorſit, & ad autorem ſuum remiſit, ſatis ſe vindicaſſe cenſebitur.

Deinde, eam ob cauſam, injuriatus injuriarum agit, ut ſe crimine objecto purget, & incuſſam ſibi notam, à ſe removeat; At qui injuriam ſibi illatam, in injuriantem retorquendo remittit, honorem ſuum ſatis defendit, pudorem purgavit, & incuſſam ſibi notam excuſſit, *l quæ omnia 25. verſic. niſi forte, & verſic. cæterum ferendus eſt, de procuratoribus.*

Tertium ſuperioris ſententiæ argumentum, ex jam dictis reſultat; Cum enim finis, propter quem injuriarum Actio dari ſolet, habeatur, injuriatus ſatis ſe vindicarit, ſuſpicionem criminis objecti purgarit, & injuriantis famam, per mendacii objectionem, apud viros honeſtos, gravarit, utique aliis, quibus, ad finem & ſcopum hunc perveniatur, modis locus non erit; quando enim de fine conſtat, de mediis non debemus eſſe ſolliciti, & quando finis habetur, ceſſant deſtinata ad finem, argumento exempli propoſiti *in §. ſed ſi 8. Inſtit. de ſuſp. trit. & c. cum ceſſante, extr. de appellat.*

Adhæc, cum per retorſionem, & relationem injuriæ illatæ, injuriato, ejuſq; honori, ſatis ſit factum, non habebit de quo conqueratur: ſiquidem, per ſatisfactionem, injuriarū actionem tolli, exemplo non abſimili declarat Ulp. *in l. ſed ſi 17. § ſi ante 6. de injur.* ubi qui ſervum, propter injurias illatas, verberari permiſit injuriarum agere poſſe negatur, eo quod ſatisfactionem acceperit, adeoque injuriam ſuam remiſerit.

Præterea, juris non eſt incogniti, quando ex uno facto, plura juris competant remedia, ad eundem finem tendentia, quod tum, unius uſu, alterum tollatur & abſorbeatur *l. plura 53. de obl & act. l. nemo 43. §. 1 de reg. iur. l. 1. §. 21. l. 2. §. 1. verſ ſed &, de tut. act. & ration. diſtrah.* Zaſ. *ad §. ſi minus, & ibi Dd commun inſtit. de actionib.*

Quapropter, cum ex verbali injuria, duo competant remedia, ordinaria nimirum injuriarum Actio, ejuſdemque Retorſio, & quidem, ad unam, & eandem rem, ſive finem, ut ſcilicet illata

contu-

contumelia, ex qua injuriarum actio nascitur vindicetur & removeatur *l.7.§.1.l.15.§.si quis, de injur.* sequitur quando adhibitum & electum fuit Retorsionis remedium, quod ad alterum, Actionis injuriarum, nullus amplius detur regressus.

Deniq;, & illud constat, quod qui neglecta judicis, & judicii ordinarii, quod implorare debebat, autoritate, sibi ipse jus dicere maluit, frustra insuper legis, & magistratus autoritatem postulet, & inciviliter apud judicem conqueratur, qui ipse sibi Judex & ultor extitit, argumento *leg. nullus 14. Cod. de Iuda. & cælicol. l.37. in fin. de minoribus.*

Verum his non obstantibus contrarium, & quod verbalium injuriarum Actio, per retorsionem ab injuriato factam, sopita & extincta non sit, de jure verius puto; pro ut & in casu posteriori, processus ex *l. diffamari supplicantibus*, retorsione non attentâ, decernendos esse Respondimus.

Cum enim certi, jure nostro constituti sint modi, quibus obligatio, quæ ex injuria oritur, tollatur, his autem nullibi retorsio annumerata inveniatur, utique sine lege, retorsionem illis accensere, & inter modos quibus injuriarum actio tollitur, referre erubescamus moniti per Justin. *in Nov 18. c.5.*

Nec ex rationibus, sententiis juris & argumentis, alios nobis confingere, & his, quos certò jure proditos habemus, annumerare licebit, per ea, quæ latè discursu secundo, pro enervanda autoritate vulgarium juris regularum, evicimus;

Nec, in contrarium mota, tantæ sunt importantiæ ut inde per retorsionem extrajudicialiter factam, judiciali persecutioni præjudicium fiat, cum ad diversos tendant fines, & Retorsio ideo fiat, ne injuriatus tacendo crimen objectum confiteri, & dissimulare videatur, At judicialis persecutio ad satisfactionem & qualemqualem gravaminis illati recompensam tendit.

Nec quando ex uno facto, duo agendi modi oriuntur, quis uno expertus, ad alium, ut consequatur, quod in eo plus est, redire prohibetur juxt. *l.34. in pr. & l.41. §. fin. de oblig. & act. ut taceam.* Retorsiones

nes non eo fieri solere animo, quod quis, hoc ipso, juri sibi competenti, & legitimis persecutionibus, renunciare velit, quod utique dicendum si retorsio remissionis effectum haberet, atqui juris, quod actus agentium, ultra ipsorum intentionem, nihil operentur vulgata *l. non omnis, de reb. cred. si cert. petat.*

Ac licet detur, quod injuriatus, ad recantationem, & revocationem injuriæ agere nequeat, quando injuriam in se jactam, ad injuriantem remisit, seque illum pro tali homine, qualem injuriatum proclamasset, tamdiu habiturum, edixit, donec objecta probentur, inde tamen alteri, quę jure prætorio introducta fuit, actioni, vel criminali persecutioni, non præjudicabitur per ea, quæ suprà *ex l. 34. & l. 41. de obl. & act.* deduximus. Quibus, & illud addi potest, quod, cum ab alio invasus non prohibeatur se adversus vim illatam statim defendere, & tamen invasorem nihilominus judicialiter convenire, nihil quoque causæ sit, cur non, & ei, qui verbis injuriosis petitur, liberum esse debeat verbis resistere, & jure postmodum experiri *leg. un. C. quand. lic. cuique sine judice, & ib. Dd.*

Ex quibus ita deductis, specialior singulorum objectorum refutatio, sponte patet.

DECISIO DECIMANONA.

An minor viginti annis modo sit pubes in causis criminalibus testis esse possit.

CUM in causa quadam criminali in testimonium ex parte accusatoris vocaretur juvenis sedecim annorum ab Accusato, Num de jure illum admittere teneatur, consulti fuimus. Et sane minorem viginti annis, modo sit pubes tam in capitalibus quam civilibus causis, testem esse idoneum inter alios tenet Reuber. *in tract. de testibus part. 1. nu. 7. & 8.* sequitur Zanger. *in tractat. de tortur. cap. 3. n. 16.* accedit Clarus *lib. 5. sententiar. § fin. q. 24. n. 17.* ubi ait, de consuetudine

minores viginti annis, utcunq; ſint impuberes, in criminibus maximè atrocioribus, ad veritatem indagandam, examinari ſolere.

Moventur *primò* per text. *in l. 19. §. fin. de teſtib.* ubi, cum dicatur, pupillis & impuberibus teſtimonium denunciari non poſſe, inde conſequentia probabili, ſequi putant, quemvis puberem, ad dicendum teſtimonium, in quibuſvis cauſis, admitti, cum generaliter & indefinite lex loquatur, nec diſtinguat, inter capitales & civiles cauſas.

Idem *ſecundò*, in ſpecie de capitalibus criminibus, ſtatui putant *in l. 3. §. 5. de teſtibus*, ubi cum ſoli impuberes teſtimonium dicere prohibeantur in judicio de vi, quod publicum eſt, *tot. tit. Digeſtor. & codic. ad l. Iul. de vi publ. & privat.* utique puberes, etiam minores viginti annis, in eo judicio, & aliis omnibus capitalibus (nec enim dari poſſet diverſitatis ratio, cur ad judicium de vi id reſtringatur, in aliis verò criminibus, aliud obtinere debeat) admitti, concludunt, argumento ſumpto, à contrario ſenſu, quod in jure noſtro eſt fortiſſimum *l. 1. ff de offic. ejus cui mand. eſt juris.*

Atque ita in præſenti teſtium materia arguunt Doctores communiter *ad §. teſtes autem, Inſtitut. de teſtament. & ad l. 20 ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ubi, dum impuberes prohibentur teſtes eſſe in teſtamento, puberes admitti concludunt, argumento ſumpto, à contrario ſenſu, licet nulla extet juris conſtitutio, quâ pubes in ſpecie, admittatur. Eodem igitur argumentandi genere, uti licebit *ad d. l. 3. §. 5. de teſtib.* ita ut dum impuberes teſtimonium dicere prohibentur, in judicio publico, puberes admitti cenſeantur, cum par ſit utrobiq; ratio, & quia alias etiam imperitiæ, & oſcitantiæ, argueretur Jureconſultus Calliſtratus, dum quod minoribus viginti annis in genere competit, ad ſolos impuberes reſtringeret.

Tertiò idem comprobari videtur *per leg. 15. § 1. de quaſtionib.* ubi minori quatuordecim annis in caput alterius deponenti, ſive tortus deponat, ſive ſponte, credi negatur; cui conſequens videtur majori quatuordecim annis deponenti, fidem eſſe habendam, non in civilibus tantum, ſed & in cauſis criminalibus, quippe cum

pe cum adducta *leg.* 15. loquatur de teste, per torturam interrogato; Et verò quæstio regulariter locum non habeat, si causa, de qua disceptatur, pecuniaria sit, Paul. *lib.5.sentent. cap.15. §. in re pecuniaria.* Idem *dict. libr. 5. cap.16. §. 2.* & utrobique Cujat. Clar. *libr.5. sentent. §. fin. quæst.64. num.*4. Wesenbec. *in paratitl. Digestor. de quæstionib. num 5.*

Denique in eandem sententiam facere videtur text. *in capit. 1. caus.4. quæst.2.* ubi, cum quidam Episcopum accusare constituerat, & adolescentem infra decimum & quartum ætatis annum, ad assertionem suæ causæ produceret, *Quæsitum fuit*, An infra decimum quartum ætatis annum constitutus, in criminali causa testari possit, prout facti species, & quæstio, formatur ac proponitur, in princip dictæ causæ quartæ; Respondetur ac deciditur *d. c. 1.* testem qui sit infra annos quatuordecim ætatis suæ admittendũ non esse unde sequi videtur, admitti debuisse testem, si quatuordecim annis major productus fuisset.

At verò, verius est, minorem viginti annis, utcunq; sit pubes, in causis criminalibus, testem esse non posse, per textum expressum *in l.20. ff de testib.* ubi Venulejus Jureconsultus viginti annis minorem, in testimonium, in causa criminali, citari posse negat. Quam opinionem tenent & sequuntur Accurs. Odofredus, Baldus, Salycetus, Fulgos. & Doctores communiter *ad dict. leg.20.* Bocer. *de tortur. cap.3. num.148.* Atque ita annis præteritis in facti specie Rostochio ad Facultatem transmissâ, respondimus *per dict. leg. 20. de testibus.* Nec audiendi sunt, qui legem allegatam, ad invitam restringunt, asserentes, posse quidem, quatuordecim annis majorem, in causis quibusvis tum civilibus, tum capitalibus testari, habere tamen ipsum excusationem, ne dicat testimonium invitus, si veritas delicti aliunde haberi possit, & de hoc casu loqui *dict. legem 20. de testibus*, prout post alios ita putat & restringit Zang. *in tractat. de tortura cap.3. n.16.*

At verò nec *ex d. l. 20.* nec ex aliis restrictionem illam probare licebit. Ideoque cum generaliter sit concepta *d. leg. 20.* nec inter vo-

duxerit adolescentem quatuordecim annis minorem. Extra casum ibi propositum, si quis verba, dicti capituli primi urgere velit, obstabunt ipsi, quæ de argumentatione à contrario sensu, paulo ante diximus, non valere illam, cõtra speciales juris text. in contrarium loquentes. Atque ita manet ad probandam accusationem adolescentis infra vicesimum ætatis annum constituti, testimonium non valere.

Quid verò si accusatus torturæ subjici petatur, anne ad probanda indicia (prout illa prius antequam ad torturam perveniatur probari oportet) viginti annis minor admittetur? Ita sanè putant plerique, ut videre est apud gloss. *ad l. 20. de test ib.* Bald. *ad l. 1. n. 5. C. de summ. trinitat.* Hippol. de Marsel. *in pract. crim. §. diligenter, n. 8.* Zang. *in tract. de quæstionib. & tortur. cap. 3 nu. 13.* Negat Gomez *lib. 3. resolution. cap. 13. n. 18.* Francisc. Cason *tractat. de indit. 10. c. 1. n. 12.* quos allegat & sequitur Bocer. *in tractat. de quæstionib. & tortur. reorum c. 3. n. 152.* tum, quia testimonium ejus qui inhabilis est ad testificandum, perinde haberi debeat, ac si datum non fuerit, *Nov. 90. c. 6.* tum etiam, quia qui inhabilis est ad dicendum testimonium, ne quidem ad inquirendum recipiatur *c. cum oporteat, cap. qualiter & quando, extr. de accusat.* Ac licet testimoniū minoris qualemqualem præsumptionem faciat, talis tamen illa non est, qualis ad impositionem torturæ requiritur Clar. *§. fin. q. 24. n. 23.*

Coronidis loco & illud addere licebit, quod etsi ex parte accusatoris non admittantur testes viginti annis minores, attamen cum de probanda innocentia rei agitur, admitti debeant, ut alii testes inhabiles, ita & in specie viginti annis minores; Siquidem ad probandam rei innocentiam præsumptiones & conjecturæ admitmittuntur gl. *in clement. un. de homicid.* Hippol *cons. 61. n. 3.* Salic. *in l. 7. quæst. 5. c. de accusationib.* Menoch *lib. 5. præsump. 48 nu. 8.* & sufficit semiplena ac dubia probatio ad exceptionem probandam, reumque absolvendum Geil. *lib. 1. de pac publ. cap. 15. n. 21. & cap. 6. nu. 22. cum seq.* Menoch. *lib. 1. præsumpt. 3. n. 50. & præsumpt. 48 num 8. cum seq.* Quippe præsumptio & semiplena probatio definitionis causam facit dubiam,

 biam,

biam, quo casu satius est, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari *l.5.ff.de pœn.* Atque ita in genere, de testibus inhabilibus, ad demonstrandam rei innocentiã, concludunt, & sentiunt interp. communiter, Mynsing. *5. observat. 13.* Geil. *d.loc.* Mascard. *de probat. volum. 2. conclus. 904.* Clar. *libro 5. sentent. §. fin. quæst. 24. numer. 12. & 20.* Gabriel. *lib 7. conclus. 22.* Gomez *lib.3. resolut. cap 3. n 27.* Menoch *lib.5. præsump. 48. nu. 7.* Vigel *5. decis. 33.* Zang. *de tortur. cap. 3. numer. 24.* Bocer. *de quæstionibus & tortur. reor. cap. 3. numer. 167.*

Nec, quod viginti annis minorem ad demonstrandam Rei innocentiam admisimus, contra Venulei Jureconsulti responsum fecimus; siquidem dicta *l. 20.* de testibus præcisè de Accusatore loquitur. Accusator in testimonium citare non debet eum, qui publico judicio reus, aut qui minor viginti annis erit, inquit, ibi Venuleius Jureconsultus: de Reo, nec ibi, nec alibi, tale quid statuitur, ideoque nec nostrum erit statuere, & extra legem supplere.

DECISIO VIGESIMA.

Num, per procuratorem, vel parentem, capitaliter accusatus, se defendere, & innocentiam suam deducere possit?

HOMICIDII accusatus per procuratorem absens, se defendere constituebat. Insuper, citati parens, ad allegandam filii absentiam, & deducendam innocentiam, se admitti petebat.

Quæsitum, Num procurator, paterve citati, jure admitti possit & debeat?

De procuratore primum, pòst de parente videbimus.

Et sanè, in criminalibus etiam causis, procuratorẽ admittendum esse,

esse,probari *primò* videtur, per *l.servum 33.§.publicè,de procur.* ubi Ulpian.publicè,inquit,utile est,absentes,à quibuscunq; defendi.Nam & in capitalibus judiciis defensio datur, ubicunq; itaq; absens quis damnari potest,ibi quemvis verba pro eo facientem,& innocētiam excusantem audiri æquum est.

Ad idem comprobandum *secundo* adducitur *l.3.C.de accusan.* ubi Alexander, Reos capitalium criminum absentes etiam,per procuratorem defendi posse, ait,idque legibus publicorum judiciorum permitti.

Tertiò idem velle videtur Papin. *in l. 10. de publ.judic.* ubi,in publicis judiciis excusationem pro absente admittendam, scribit, ne,præcedente trina citatione, reus quasi contumax condemnetur, vel de accusatoris absentis, præsente reo, calumnia pronuncietur.

Quartò idem statuere videtur Ulpian. *in l.sed & 35. §. 1.de procurat.* ubi Patrono, libertum suum, de ingratitudine, per procuratorem Accusare, & liberto per procuratorem respondere permittitur.

Accedit *quinto* textus *in l.4.de obseq.parentib. & patron.præstand.* ubi Marcianus per procuratorem, ingratum libertum argui posse, ait,idque Severi & Antonini autoritate confirmat; *Nec*,de privato judicio,sed publica accusatione,id exaudiri debere, inscriptio legis adductæ arguit,quippe cum desumpta sit,ex lib.2.publicorum judiciorum.

Sextò, facit *l.servus 11. de publ.judic.* ubi idem Marcian. servum accusatum,per dominum & domini procuratorem defendi posse, ait; de publicis judiciis, verba faciens,uti arguit,inscriptio legis, & indicat Rubrica,cui subjecta invenitur.

Cui *septimò* Concordat *l.19.de pœn.* ubi Ulp. si non defendantur, inquit, servi à dominis, non utique statim ad supplicium deducentur,sed permittetur eos defendi,vel ab alio,& qui cognoscit, debebit de innocentia eorum quærere.

Octavò

Octavò, idem comprobari videtur, per *Nov. 134. §. 9.* ubi mulier criminis accusata incarcerari posse negatur, & liberum ei relinquitur vel per se, vel per maritum, aut alium aliquem ad accusationem respondere. Conc *l. 1. cum auth. subjecta, C. de offic. divers. judic.*

Nonò, affertur constitutio Henrici Septimi in extravaganti *ad reprimendum, lib. 5. feud. tit. 19.* ubi in summo læsæ majestatis crimine citatus personaliter, vel legitimè, hoc est, per Procuratorem comparere jubetur, sub comminatione sententiæ in contumaciam ferendæ, si personaliter vel per procuratorem comparere neglexerit.

Idem *decimò* comprobatur exemplo fractæ pacis publicæ, Publicum, hoc esse crimen, pœna banni, & bonorum publicatione coercendum, patet ex constit. Caroli V. anni 1521. Wormatiæ edita; prout, & jure Justinianeo vis publica, cum qua fractæ pacis crimen coincidit, inter publica judicia refertur *l. 1. de publ. judic. & tot. tit. ff. & codic. de vi publ.* Per procuratorem tamen accusationem institui, & reum per procuratorem, se defendere posse testatur Geil. *lib. 1. de pac. publ. c. 9. n. 4. & c. 10. n. 8* & comprobat usus fori.

Undecimò affertur *l. 12. in fin. C. de procurat.* ubi Alexand. multò justius esse judicavit, filium accusati, etsi ætatem legitimam non complevisset, audire, defensorem patris, quàm absentem quasi contumacem, & indefensum gravi condemnatione afficere; prout textum illum inducit Herman. Vult. *discept. Scholast. c. 11. pag. 2. circa fin. & verisimile fit, ex l. 3. C. de accusat.* quæ est ejusdem Imperatoris.

Duodecimum sententiæ hujus fundamentum, peti solet *ex l. 4. §. 2. ad l. Corneliam de Sic.* ubi cum dicatur, quod qui spadonem fecit, absens etiam accusari, & condemnari queat, procuratorem etiam pro ipso intervenire posse concludunt per regulam, traditam *in leg. servum 33. §. publicè, de procur.* ubi habetur, quod, quando absens quis damnari potest, ibi quivis verba pro eo faciens, & innocentiam ejus excusans, audiri debeat.

Decimo tertiò, sententiam illam approbare videtur, constitutio criminalis Caroli V. *articul. 12.* ibi, So baldt der Angeklagte zu Gefengnuß

fängniß angenommen ist/soll der Ankläger oder sein Gewalthaber/&c. ubi, cum ex parte Accusatoris, procurator admittatur, idem in persona accusati obtinere debebit, siquidem quod juris in Actore constitutum, idem etiam reo permissum censebitur, *leg. non debet 41. de reg. jur.*

Adstipulatur *decimoquarto, art. 88. dicta constit. Carolin.* ubi tum Accusatori, tũ reo, per alium verba facere, & merita causæ deducere permittitur, nec inter præsentes, & absentes distinguitur.

Decimoquinto, ipsa æquitatis ratio sententiam illam admitti suadet. humanitatis ratione constitutum esse, ait Ulp. *in l. 6. de appellat.* ut pro damnato, etiam nocente, quivis, ad differendum supplicium, provocare possit; eadem humanitatis ratio, etiam permittet, ut pro absente Reo, verba facere liçeat, ne insons condemnetur, sed supplicium differatur. Ex æquitatis ratione, ipse Judex de innocentia rei inquirere jubetur *l. 19. de pœn.* Cur igitur non audiretur Tertius, innocentiam accusati deducere, & ipsum judicem instruere volens? cum satius sit, semper impunitum relinqui facinus nocentis, quàm innocentem damnare, uti optimus Trajanus Assiduo Severo piè rescripsit, referente Ulp. *in l absentem 5. de pœn.*

Deniq; sententiam illam, moribus nostris, de stylo & usu fori comprobari ajunt. Et sanè Accusatorẽ quod attinet, de generali cõsuetudine, etiam in delictis publicis accusationem per procuratorem proponi posse, tradunt Dd. communiter, & testatur Clar. *libro 5. sent. §. fin. quæst. 12. n. 23.* Geil *de pace publica, cap. 10. n. 7.* Wesenb. *de procur. n. 5.* Rauchb. *lib. 1. quæst. 7. n. 3.* Moller. *1 semest. 24. n. 1.* Hering. *de fidejussorib. c. 5. n. 254* Reusner. *lib. 2. decis. 31.* Idem etiam in persona Rei obtinere, non desunt, qui scribant moti, *d. art. 12. & art. 88 constit. Carolin.* & quod videant, captivis de more causidicum adjungi, qui pro eis verba faciat, & merita causæ pandat.

At, his non attentis, contrarium in proposita facti specie, quoad personam Procuratoris responsum memini.

Siquidem, in criminalibus causis, & publicis judiciis, procuratorem non admitti, probatur, tum civili, tum Canonico jure, *de*

bi cum illustribus duntaxat personis, in criminali injuriarum judicio, per procuratorem agere liceat, regulam in contrarium esse arguitur, per vulg Et cum in judicio privato, ita statuatur, multo magis in judiciis publicis, idem obtinebit, infert Menoch.*arb. quæst.80.num 13.*

Undecimò, facit responsum Pauli V.*sent.4.* Crimen,quod vindictæ,aut calumniæ judicium expectat,per alios intendi non potest, inquit, Paulus *in §. injuriarum,d.tit.*

Duodecimo probatur *per §.penult.5.sent.5.* ubi idem Paulus, in causa capitali, inquit, absens nemo damnatur,neque absens per alium accusare potest.

Decimotertiò, clarus habetur textus *in §.neq.,5.sentent.Pauli.16.* neque accusator, inquit Paul. per alium accusare,neque reus per alium defendi potest, nisi ingratum libertum patronus accuset, aut rei absentia defendatur.

De jure Canonico, ad idem comprobandum textus sunt *in c. veniens 15.extr.de accusat.in c.tua,5.de procurat c.40.caus.2.quæst.6.c.52.caus.2.q.7.c.5 caus.2.q.8.c.3.c.5.c.8.c.9.c.13.c.ult.caus.3.q 9.*

Nec,contrarium constitutione, Carolina cautum reperitur. Etsi enim allegato *articul.88.* in causis criminalibus per alium verba facere permittatur,id tamen ita accipiendum non est,quasi absentibus procuratorem mittere, & per illum agere liceat,sed præsentibus tantùm per alium,(qui tamen propriè loquendo, non est procurator sed orator,ein Redner vnd Versprecher) verba facere, & desiderium suum proponere permittatur; ut ita, quod novissimis Imperii constitutionibus mutatum non reperitur,meritò observari debeat, *arg l præcipimus,C.de appellat.l sancimus,C.de testam.*

Eandem sententiam, praxis & usus fori comprobat; siquidem reis non licere, per procuratorem, se defendere,sed latitantis bona juxt.*artic.206.constitutionis criminalis*, annotari, & contumaciter absentem in bannum, in die Acht vnd Verfestungen declarari,quotidiana fori exempla demonstrant,& testantur Matth. Coler.*decis 108.* Arumæus *in decisionib.forensib.decis.7.n.47.cum seqq.*

Ff 2 Nec,

In vultu, existunt sæpè pallor, crebra mutatio, consternatio, quæ admissum facinus interdum vehementius arguunt quàm ullæ probationes; contrà constans sibi per omnia sine affectatione vultus bonæ conscientiæ inditium est. *Ex oculorum* obtutu, superciliorum aut remissione aut contractione, facilè judicamus, quantus sit in homine dolor, aut metus aut tristitia, *ait Cicero 1. offic.*

Præterea, ob id etiam, ad cognoscendum, Accusati præsentia desideratur, ut si sponte fateri nolit, subsint tamen justæ suspicionis causæ confessio per torturam exprimi possit.

Ad exequendum, Accusati præsentia requiritur ne, ad pœnam corporalem condemnatus, aufugiat, & sententiam contra se latam eludat, quod. ipso præsente, fieri nequit, quippe cum præsens observari, & si opus sit prehendi, ac incarcerari, sicque rei judicatæ sua autoritas conservari queat, *juxt. l. si prætor, de judic.*

Nam, si reus putaret, se condemnari semper recederet, & per procuratorem responderet, litemq; totam perageret, atq; ita contra reum ipsum, absentem sententia ferri non posset *l. absentem, de pœnis, l. absentem, C. de accusat.*

Minus, contra procuratorem re ipsa, quia etsi condemnari possit, non tamen exequi *juxt. l. 1. C. de sent. & interlocut. omn. judic.* cum pœna suos autores tenere debeat, non alios *l. sancimus, C. de pæn.* Voluit ergo lex, reum hunc, in vinculis causam dicere, ut, hoc medio, eos qui se innoxios esse existimāt adesse cogat malè siquidē, de eo lex cogitat, qui venire negat, Nam qui male agit, lucem odio habet *cap. consuluit, de offic. deleg.* prout plurib. exponit *And. Geil. lib. 1. de pac. publ. c. 10. nu. 2. 3. & 4.* Donell *18. commen. 10.* Clar. *lib. 5. sentent. § fin. q. 32. n. 3.* Menoch. *de arbitr. iudic. q. 79. n. 3. cum seqq.* idem *qu. 80. n. 2. & 3.*

Evicimus hactenus, in criminalibus causis, & publicis judiciis, procuratorem non admitti.

Ad rationes, pro affirmativa, superius adductas, quid responderi debeat & quomodo leges, in prę senti juris capite, sibi adversantes, conciliari queant, multum laborant interpp. ut videre est ex his, quæ de hoc argumenti genere post veteres, scripserunt, Menoch. *de*

depositionis ab ordine, ac dignitate indicitur, affirmat Bart. *in l. pen. § ad crimen, de publ iudic.* Clar. *d. quæst. 32. vers. idem etiam.* Felin. *in cap. meminimus, n. 17. de accusat,* & alii quos refert Menoch. *dict. q. 80. n. 169.* communem, qui sequuntur, moventur, *primo per l. 1. an per al. caus. appellat. redd. poss.*

Quæri solet, inquit ibi Ulp. An per alium causæ appellationis reddi possint, quæ res, in rebus pecuniariis, & in criminibus agitari cõsuevit. Res pecuniaria si sit, nihil prohibet, alium admitti. Sin autem non sit pecuniaria causa, sed capitalis, per procuratorem agi nõ licet. Sed & si ea causa sit, ex qua sequi solet pœna, usque ad relegationem, non oportet, per alium causas agi, sed ipsum adesse auditorio debere, sciendum est.

Secundo moventur *per l. 33 § publice, de procur.* junct. *l. 5. de pæn.* in quarum illa, Ulp. procuratorem admittit, in casibus, in quib. absens damnari põt, hic vero absentẽ damnari posse asserit, si pœna nõ sit ultra relegationem. *Tertiò,* quia quando pœna duntaxat pecuniaria, vel alia non corporalis, infligenda venit, causa propter quã, procurator in causis criminalibus repellitur, cesset, quippe cum in absentes etiam, talis pœna decerni, & executioni mandari possit. *At* refutantur per *per l. pen. de publ. iudic.* ubi Papin. indistinctè procuratorem in publicis judiciis intervenire negat; publica autem judicia non ea solum esse, in quibus de capite hominis agitur, aut pęna corporalis infligitur, sed & cum pœna pecuniaria, relegationis, privationis, aut alia similis imponitur, docemur *ex l. 2. de publ. iudic.* Nec restringere licebit allegatam *l. pen.* ad casum ubi pœna capitalis indicitur, ut post Socin. facit Rubeus *ibid.* cum restrictionem illam, non admittat generalitas verborum, ut rectè animadvertit Menoch. *d. quæst. 80. nu. 132.*

Deinde superiori distinctioni, è diametro obstant, *l. 3. C. de accusationib.* & *l. 33. § publicè de procurat.* ubi cum de capitalibus judiciis, & causis capitalium criminum, sermo instituatur, & An procurator intervenire posset, quæstio proponatur, & verò, capitale crimen.

crimen sit, & dicatur, quando pœna mortis vel exilii, damnato imponitur, ut constat, ex *dict. l. 2. de publ. judic.* & *l. licet 103. de V. S.* inepta utique foret distinctio, inter pœnam corporalem, & non corporalem.

Atque ita de pœna pecuniaria, & quod absens in criminibus publicis, per procuratorem defendi non possit, utcunque pœna pecuniaria infligenda veniat, tenet, Angel. Rubeus, & alii *ad d. l. pen. §. ad crimen, de publ judic.* quos contra communem sequitur Menoch. *de arbitr. judic. qu. lib. 1. q. 80. n. 5. cum seq.*

De pœna relegationis, & quod in criminibus, quibus pœna relegationis est constituta, ad reum absentem defendendum, procurator nō admittatur, idem testantur Ultramoritani, quos refert, & sequitur Rubeus Alexandrin. *d. § ad crimen, n. 127.* Menoch. *d. q. 80. n. 132. in fin.* Robert. *2. sent. 3.* Fachin. *1. controv. 26.*

Nec, pro defensione communis opinionis, facit allegata *l. 1. an per al. caus. appell.* cum non loquatur, de criminibus judicii publici, de quibus nostra agit quæstio; sed de criminibus judicii privati; In criminibus, judicii non publici, superior distinctio, in admittendo, vel repellendo procuratore, attenditur, ita ut, si corporalis pœna reo sit infligenda, procurator nec in privatis judiciis & criminibus non publicis admittatur, Menoch. *d. quæst. 80. n. 13.* Robert. *2. sent. jur. cap. 3.* sin vero pecuniaria, vel quæ alia pœna non corporalis, imponenda veniat, admittatur Menochius *dict. quæst. 80. nu. 120. cum aliquot seqq.*

At, in criminibus judicii publici, allata distinctio locum non habet, sed ibi indistinctè procurator repellitur; sive corporalis, sive quæ alia pœna, non afflictiva corporis, imponenda veniat: unde, si forte per statutum, in causa homicidii, pœna pecuniaria imponeretur, procurator intervenire non posset, per tradita à Menoch. *d. q. 80. n. 15. cum seqq.*

Et sanè, in judiciis publicis, superiori distinctioni ex genere pœnarum sumptæ, locum non esse, probatum fuit supra, ex *l. pen. junct. l. 2. de public. judic.*

Acli-

Ac, licet Ulp. in objecta *l. an per alium cauſ. appell. red. poſſ.* inter publicum, & privatum judicium, non diſtinguat, ſed ut procurator poſſit, vel non poſſit, intervenire, in id tantum inquirat, An pœna ſit pecuniaria, vel corporalis, quia tamen de publicis judiciis, *in d. l. penult.* aliud conſtitutum legitur, utique objecta *l. 1.* exinde limitanda, & reſtringenda venit, pro ut & ex ſcholaſticis Donell. *18. commen. 10. §. fin.* ad crimina judicii non publici, cujuſmodi ſunt furtum, injuria, &c. legem illam refert.

Nec diſtinctioni, inter publicum, & privatum judicium, factæ, obſtas *l. 3. in prin. C. ubi ſenat. vel clariſſ. civiliter vel criminaliter conven.* dum enim ibidem dicitur quod clariſſimi, ob crimē publicum, vel privatum, cui tamen procuratorem, reſpondere non liceat, convēti ad ipſum Imperatorem provocare poſſint, nō eſt ita exaudiendum quaſi promiſcuè, in publicis & privatis criminibus, procurator intervenire nequeat, ſed diſtinguuntur delicta privata civiliter, vel criminaliter intenta, ita ut in his locum habeat conſtitutio in illis non item.

Deinde nudè & ſimpliciter ibi dicitur, procuratorem non intervenire, quando autem hoc contingat, relinquitur in juris diſpoſitione, ut ex illa diſtinguamus, alioqui ſequeretur, quod ſemper & in privatis, non eſſet admittendus procurator, quod apertiſſimè falſum eſt. Dicendum itaque reſpici, ad diſtinctionem *d. leg. 1. an per al. cauſ. appellat.* videlicet, quod conſtitutio *d. l. 3.* locum habeat, in iis criminum privatorum caſibus, ubi procurator non admittitur, qui habentur *in d. l. 1. an per al. cauſ. appell.* adde *l. 27. de decur. l. ſi gravius 16. C. de dignit.* Menoch. *d. quaſt. 80. n. 7.*

Æquè, non obſtat, *l. 15. de accuſat.* Agitur ibi de ſolo Accuſatore, in quo, inſcriptio neceſſaria non eſt, cum crimen, ſolam pœnam pecuniam habet, ut patet ex *l. fin. de privat. delict. & l. ult. de furtis*, notante Menoch. *d. q. 80. n. 9.*

Nec, quod in pecuniariis cauſis procurator admittendus dicitur, hoc ita exaudiendum, quaſi & in publicis judiciis procurator admittatur, ſi crimen mereatur pœnam pecuniaram, vel aliam, non

biam, quo casu satius est, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari *l.5.§.de pœn.* Atque ita in genere, de testibus inhabilibus, ad demonstrandam rei innocentiã, concludunt, & sentiunt interp. communiter, Mynsing. *5. observat. 13.* Geil. *d.loc.* Mascard. *de probat. volum. 2. conclus. 904.* Clar. *libro 5. sentent. §. fin. quæst. 24. numer. 12. & 20.* Gabriel. *lib 7. conclus. 22.* Gomez *lib 3. resolut. cap 3. n 27.* Menoch *lib.5. præsump. 48. nu. 7.* Vigel *5. decis. 33.* Zang. *de tortur. cap. 3. numer. 24.* Bocer. *de quæstionibus & tortur. reor. cap. 3. numer. 167.*

Nec, quod viginti annis minorem ad demonstrandam Rei innocentiam admisimus, contra Venulei Jureconsulti responsum fecimus; siquidem dicta *l. 20.* de testibus præcisè de Accusatore loquitur. Accusator in testimonium citare non debet eum, qui publico judicio reus, aut qui minor viginti annis erit, inquit, ibi Venuleius Jureconsultus: de Reo, nec ibi, nec alibi, tale quid statuitur, ideoque nec nostrum erit statuere, & extra legem supplere.

DECISIO VIGESIMA.

Num, per procuratorem, vel parentem, capitaliter accusatus, se defendere, & innocentiam suam deducere possit?

HOMICIDII accusatus per procuratorem absens, se defendere constituebat. Insuper, citati parens, ad allegandam filii absentiam, & deducendam innocentiam, se admitti petebat.

Quæsitum, Num procurator, paterve citati, jure admitti possit & debeat?

De procuratore primum, pòst de parente videbimus.

Et sanè, in criminalibus etiam causis, procuratorẽ admittendum esse,

esse, probari *primò* videtur, per *l. servum 33. §. publicè, de procur.* ubi Ulpian. publicè, inquit, utile est, absentes, à quibuscunq; defendi. Nam & in capitalibus judiciis defensio datur, ubicunq; itaq; absens quis damnari potest, ibi quemvis verba pro eo facientem, & innocētiam excusantem audiri æquum est.

Ad idem comprobandum *secundo* adducitur *l. 3. C. de accusan.* ubi Alexander, Reos capitalium criminum absentes etiam, per procuratorem defendi posse, ait, idque legibus publicorum judiciorum permitti.

Tertiò idem velle videtur Papin. *in l. 10. de publ. judic.* ubi, in publicis judiciis excusationem pro absente admittendam, scribit, ne, præcedente trina citatione, reus quasi contumax condemnetur, vel de accusatoris absentis, præsente reo, calumnia pronuncietur.

Quartò idem statuere videtur Ulpian. *in l. sed & 35. §. 1. de procurat.* ubi Patrono, libertum suum, de ingratitudine, per procuratorem Accusare, & liberto per procuratorem respondere permittitur.

Accedit *quinto* textus *in l. 4. de obseq. parentib. & patron. præstand.* ubi Marcianus per procuratorem, ingratum libertum argui posse, ait, idque Severi & Antonini autoritate confirmat; *Nec*, de privato judicio, sed publica accusatione, id exaudiri debere, inscriptio legis adductæ arguit, quippe cum desumpta sit, ex lib. 2. publicorum judiciorum.

Sextò, facit *l. servus 11. de publ. judic.* ubi idem Marcian. servum accusatum, per dominum & domini procuratorem defendi posse, ait; de publicis judiciis, verba faciens, uti arguit, inscriptio legis, & indicat Rubrica, cui subjecta invenitur.

Cui *septimò* Concordat *l. 19. de pœn.* ubi Vlp. si non defendantur, inquit, servi à dominis, non utique statim ad supplicium deducentur, sed permittetur eos defendi, vel ab alio, & qui cognoscit, debebit de innocentia eorum quærere.

Octavò

Octavò, idem comprobari videtur, per *Nov.134. §.9.* ubi mulier criminis accusata incarcerari posse negatur, & liberum ei relinquitur vel per se, vel per maritum, aut alium aliquem ad accusationem respondere. Conc *l.1.cum auth.subjecta, C.de offic.diversf.judic.*

Nonò, affertur constitutio Henrici Septimi in extravaganti *ad reprimendum, lib 5.feud. tit.19.* ubi in summo læsæ majestatis crimine citatus personaliter, vel legitimè, hoc est, per Procuratorem comparere jubetur, sub comminatione sententiæ in contumaciam ferendæ, si personaliter vel per procuratorem comparere neglexerit.

Idem *decimò* comprobatur exemplo fractæ pacis publicæ, Publicum, hoc esse crimen, pœna banni, & bonorum publicatione coercendum, patet ex constit. Caroli V. anni 1521. Wormatiæ edita; prout, & jure Justinianeo vis publica, cum qua fractæ pacis crimen coincidit, inter publica judicia refertur *l.1.de publ.judic. & tot.tit.ff & codic.de vi publ.* Per procuratorem tamen accusationem institui, & reum per procuratorem, se defendere posse testatur Geil. *lib.1.de pac. publ.c.9.n.4. & c.10.n 8* & comprobat usus fori.

Undecimò affertur *l.12. in fin C.de procurat.* ubi Alexand. multo justius esse judicavit, filium accusati, etsi ætatem legitimam non complevisset, audire, defensorem patris, quàm absentem quasi contumacem, & indefensum gravi condemnatione afficere; prout textum illum inducit Herman. Vult. *discept. Scholast. c.11.pag.2.circa fin. & verisimile fit, ex l.3. C.de accusat.* quæ est ejusdem Imperatoris.

Duodecimum sententiæ hujus fundamentum, peti solet *ex l.4. §.2.ad l.Corneliam de Sic.* ubi cum dicatur, quod qui spadonem fecit, absens etiam accusari, & condemnari queat, procuratorem etiam pro ipso intervenire posse concludunt per regulam, traditam *in leg. servum 33. §.publicè, de procur.* ubi habetur, quod, quando absens quis damnari potest, ibi quivis verba pro eo faciens, & innocentiam ejus excusans, audiri debeat.

Decimo tertiò, sententiam illam approbare videtur, constitutio criminalis Caroli V. *articul.12.* ibi, So baldt der Angeklagte zu Gefengnuß

fängniß angenommen ist/soll der Anklåger oder sein Gewalthaber/&c. ubi, cum ex parte Accusatoris, procurator admittatur, idem in persona accusati obtinere debebit, siquidem quod juris in Actore constitutum, idem etiam reo permissum censebitur, *leg. non debet 41. de reg. jur.*

Adstipulatur *decimoquarto, art. 88. dictæ constit. Carolin.* ubi tum Accusatori, tũ reo, per alium verba facere, & merita causæ deducere permittitur, nec inter præsentes, & absentes distinguitur.

Decimoquinto, ipsa æquitatis ratio sententiam illam admitti suadet. humanitatis ratione constitutum esse, ait Ulp. *in l. 6. de appellat.* ut pro damnato, etiam nocente, quivis, ad differendum supplicium, provocare possit; eadem humanitatis ratio, etiam permittet, ut pro absente Reo, verba facere liceat, ne insons condemnetur, sed supplicium differatur. Ex æquitatis ratione, ipse Judex de innocentia rei inquirere jubetur *l. 19. de pœn.* Cur igitur non audiretur Tertius, innocentiam accusati deducere, & ipsum judicem instruere volens? cum satius sit, semper impunitum relinqui facinus nocentis, quàm innocentem damnare, uti optimus Trajanus Assiduo Severo piè rescripsit, referente Ulp. *in l absentem 5. de pœn.*

Deniq; sententiam illam, moribus nostris, de stylo & usu fori comprobari ajunt. Et sanè Accusatorẽ quod attinet, de generali cõsuetudine, etiam in delictis publicis accusationem per procuratorem proponi posse, tradunt Dd. communiter, & testatur Clar. *libro 5. sent. §. fin. quæst. 32. n. 23.* Geil *de pace publica, cap. 10. n. 7.* Wesenb. *de procur. n. 5.* Rauchb. *lib. 1. quæst. 7. n. 3.* Moller. *1 semest. 24. n. 1.* Hering. *de fidejussorib. c. 5. n. 254* Reusner. *lib. 2. decis. 31.* Idem etiam in persona Rei obtinere, non desunt, qui scribant moti, *d. art. 12. & art. 88 constit. Carolin.* & quod videant, captivis de more causidicum adjungi, qui pro eis verba faciat, & merita causæ pandat.

At, his non attentis, contrarium in proposita facti specie, quoad personam Procuratoris responsum memini.

Siquidem, in criminalibus causis, & publicis judiciis, procuratorem non admitti, probatur, tum civili, tum Canonico jure, *de*

*jure civ.*text.eſt apertus *in l.pen.de publ.judic.*ubi Papinian.ad crimen, inquit,judicii publici perſequendum,fruſtra procurator intervenit multoque magis,(intellige,fruſtra procurator intervenit)ad defendendum; ſed excuſationes abſentium, ex Senatuſconſulto, judicibus allegantur,& ſi juſtam rationem habeant,ſententia differtur.

Accedit *textus in l. miles 11. §. ad leg. Iul. de adulter.* ubi idem Papin. Ea, inquit, quæ inter reos adulterii, recepta eſt, abſens defendi non poteſt.

Tertio facit *l.1. an per alium cauſ. appellat. redd.poſſ.* ubi Ulpian. ſi non ſit, inquit, pecuniaria cauſa, ſed capitalis, per procuratorem agi non licet.

Quarto, ad idem comprobandum, facit text. *in l.2.C. de procur.* ubi Divi fratres, ad preces ſextilia reſcripſerunt, cum rem pecuniariam eſſe dicis,potes, per maritum, ſolemnibus impletis,appellationi adverſariæ tuæ reſpondere; unde à contrario ſenſu infert Jaſon *ibid.3.* quid in cauſa criminali, ex parte rei accuſati, procurator non admittatur,utcunq; ſit conjuncta perſona,puta maritus.

Quintò pro eadem ſententia textus eſt *in l.2.l.5. C.de his qui accuſ.non poſſ.* ubi, in falſi crimine,alieno nomine accuſatio, vel inſcriptio fieri poſſe, negatur.

Sextò eadem ſententia probatur *per l.15.C de accuſat.* ubi,in criminibus publicis,ob inſcriptionis neceſſitatem,ipſorum accuſatorum præſentia neceſſaria eſſe dicitur,utcunque accuſator in illuſtri dignitate ſit poſitus.

Septimò,idem probat text. *in l.quamvis 19. C.ad l. Iul.de adult.* ubi indubitati juris eſſe dicitur in crimine adulterii intentando, ipſius accuſatoris præſentiam requiri.

Octavò facit *l.de fide 16.ad l Cornel.de falſ.* ubi, Impp. Diocletian. & Maxim. accuſationem falſi, per procuratorem perſequi non licere,reſcripſerunt.

Nonò adſtipulatur *leg.3.* ibi, cui tamen non per procuratorem reſpondere liceat *C.ubi Senator. vel clariſſ. conveniant.*

Decimo pro eadem ſententia allegari ſolet, *l.ultim. C. de injur.* ubi cum

bi cum illustribus duntaxat personis, in criminali injuriarum judicio, per procuratorem agere liceat, regulam in contrarium esse arguitur, per vulg Et cum in judicio privato, ita statuatur, multo magis in judiciis publicis, idem obtinebit, infert Menoch. *arb. quaest. 80. num 13.*

Undecimò, facit responsum Pauli V. *sent. 4.* Crimen, quod vindictæ, aut calumniæ judicium expectat, per alios intendi non potest, inquit, Paulus *in §. injuriarum, d. tit.*

Duodecimo probatur *per §. penult. 5. sent. 5.* ubi idem Paulus, in causa capitali, inquit, absens nemo damnatur, neque absens per alium accusare potest.

Decimotertiò, clarus habetur textus *in §. neq. 5. sentent. Pauli. 16.* neque accusator, inquit Paul. per alium accusare, neque reus per alium defendi potest, nisi ingratum libertum patronus accuset, aut rei absentia defendatur.

De jure Canonico, ad idem comprobandum textus sunt *in c. veniens 15. extr. de accusat. in c. tuæ, 5. de procurat. c. 40. caus. 2. quaest. 6. c. 52. caus. 2. q. 7. c. 5 caus. 2. q. 8. c. 3. c. 5. c. 8. c. 9. c. 13. c. ult. caus. 3. q. 9.*

Nec, contrarium constitutione, Carolina cautum reperitur. Etsi enim allegato *articul. 88.* in causis criminalibus per alium verba facere permittatur, id tamen ita accipiendum non est, quasi absentibus procuratorem mittere, & per illum agere liceat, sed præsentibus tantùm per alium, (qui tamen propriè loquendo, non est procurator sed orator, ein Redner vnd Versprecher) verba facere, & desiderium suum proponere permittatur; ut ita, quod novissimis Imperii constitutionibus mutatum non reperitur, meritò observari debeat, *arg l præcipimus, C. de appellat. l sancimus, C. de testam.*

Eandem sententiam, praxis & usus fori comprobat; siquidem reis non licere, per procuratorem, se defendere, sed latitantis bona juxt. *artic. 206. constitutionis criminalis*, annotari, & contumaciter absentem in bannum, in die Acht vnd Verfestungen declarari, quotidiana fori exempla demonstrant, & testantur Matth. Coler. *decis 108.* Arumæus *in decisionib. forensib. decis. 7. n. 47 cum seqq.*

In vultu, existunt sæpè pallor, crebra mutatio, consternatio, quæ admissum facinus interdum vehementius arguunt quàm ullæ probationes; contrà constans sibi per omnia sine affectatione vultus bonæ conscientiæ inditium est. *Ex oculorum* obtutu, superciliorum aut remissione aut contractione, facilè judicamus, quantus sit in homine dolor, aut metus aut tristitia, *ait Cicero 1. offic.*

Præterea, ob id etiam, ad cognoscendum, Accusati præsentia desideratur, ut si sponte fateri nolit, subsint tamen justæ suspicionis causæ confessio per torturam exprimi possit.

Ad exequendum, Accusati præsentia requiritur ne, ad pœnam corporalem condemnatus, aufugiat, & sententiam contra se latam eludat, quod. ipso præsente, fieri nequit, quippe cum præsens observari, & si opus sit prehendi, ac incarcerari, sicque rei judicatæ sua autoritas conservari queat, *juxt. l. si prætor, de judic.*

Nam, si reus putaret, se condemnari semper recederet, & per procuratorem responderet, litemq; totam perageret, atq; ita contra reum ipsum, absentem sententia ferri non posset *l. absentem, de pœnis, l. absentem, C. de accusat.*

Minus, contra procuratorem re ipsa, quia etsi condemnari possit, non tamen exequi *juxt. l. 1. C. de sent. & interlocut. omn. judic.* cum pœna suos autores tenere debeat, non alios *l. sancimus, C. de pœn.* Voluit ergo lex, reum hunc, in vinculis causam dicere, ut, hoc medio, eos qui se innoxios esse existimãt adesse cogat malè siquidẽ, de eo lex cogitat, qui venire negat, Nam qui male agit, lucem odio habet *cap. consuluit, de offic. deleg.* prout plurib. exponit *And. Geil. lib. 1. de pac. publ. c. 10. nu. 2. 3. & 4.* Donell *18. commen. 10.* Clar. *lib. 5. sentent. §. fin. q. 32. n. 3.* Menoch. *de arbitr. iudic. q. 79. n. 3. cum seqq.* idem *qu. 80. n. 2. & 3.*

Evicimus hactenus, in criminalibus causis, & publicis judiciis, procuratorem non admitti.

Ad rationes, pro affirmativa, superius adductas, quid responderi debeat & quomodo leges, in pręsenti juris capite, sibi adversantes, conciliari queant, multum laborant interpp. ut videre est ex his, quæ de hoc argumenti genere post veteres, scripserunt, Menoch. *de*

 arbit.

depositionis ab ordine, ac dignitate indicitur, affirmat Bart. *in l. pen. §. ad crimen, de publ. judic.* Clar. *d. quæst. 32. vers. idem etiam.* Felin. *in cap. meminimus, n. 17. de accusat.* & alii quos refert Menoch. *dict. q. 80. n. 169.* communem, qui sequuntur, moventur, *primo per l. 1. an per al. caus. appellat. redd. poss.*

Quæri solet, inquit ibi Ulp. An per alium causæ appellationis reddi possint, quæ res, in rebus pecuniariis, & in criminibus agitari cōsuevit. Res pecuniaria si sit, nihil prohibet, alium admitti. Sin autem non sit pecuniaria causa, sed capitalis, per procuratorem agi nō licet. Sed & si ea causa sit, ex qua sequi solet pœna, usque ad relegationem, non oportet, per alium causas agi, sed ipsum adesse auditorio debere, sciendum est.

Secundo moventur *per l. 33. § publice, de procur.* junct. *l. 5. de pæn.* in quarum illa, Ulp. procuratorem admittit, in casibus, in quib. absens damnari pōt, hic vero absentē damnari posse asserit, si pœna nō sit ultra relegationem. *Tertiò,* quia quando pœna duntaxat pecuniaria, vel alia non corporalis, infligenda venit, causa propter quā, procurator in causis criminalibus repellitur, cesset, quippe cum in absentes etiam, talis pœna decerni, & executioni mandari possit. *At* refutantur per *per l. pen. de publ. iudic.* ubi Papin. indistinctè procuratorem in publicis judiciis intervenire negat; publica autem judicia non ea solum esse, in quibus de capite hominis agitur, aut pęna corporalis infligitur, sed & cum pœna pecuniaria, relegationis, privationis, aut alia similis imponitur, docemur *ex l. 2. de publ. iudic.* Nec restringere licebit allegatam *l. pen.* ad casum ubi pœna capitalis indicitur, ut post Socin. facit Rubeus *ibid.* cum restrictionem illam, non admittat generalitas verborum, ut rectè animadvertit Menoch. *d. quæst. 80. nu. 132.*

Deinde superiori distinctioni, è diametro obstant, *l. 3. C. de accusationib.* & *l. 33. §. publicè de procurat.* ubi cum de capitalibus judiciis, & causis capitalium criminum, sermo instituatur, & An procurator intervenire posset, quæstio proponatur, & verò, capitale crimen

Ac, licet Ulp. in objecta *l. an per alium cauſ. appell. red. poſſ.* inter publicum, & privatum judicium, non diſtinguat, ſed ut procurator poſſit, vel non poſſit, intervenire, in id tantum inquirat, An pœna ſit pecuniaria, vel corporalis, quia tamen de publicis judiciis, *in d. l. penult.* aliud conſtitutum legitur, utique objecta *l. 1.* exinde limitanda, & reſtringenda venit, pro ut & ex ſcholaſticis Donell. *18. commen. 10. §. fin.* ad crimina judicii non publici, cujuſmodi ſunt furtum, injuria, &c. legem illam refert.

Nec diſtinctioni, inter publicum, & privatum judicium, factæ, obſtat *l. 3. in prin. C. ubi ſenat. vel clariſſ. civiliter vel criminaliter conven.* dum enim ibidem dicitur quod clariſſimi, ob crimē publicum, vel privatum, cui tamen procuratorem, reſpondere non liceat, convēti ad ipſum Imperatorem provocare poſſint, nō eſt ita exaudiendum quaſi promiſcuè, in publicis & privatis criminibus, procurator intervenire nequeat, ſed diſtinguuntur delicta privata civiliter, vel criminaliter intenta, ita ut in his locum habeat conſtitutio in illis non item.

Deinde nudè & ſimpliciter ibi dicitur, procuratorem non intervenire, quando autem hoc contingat, relinquitur in juris diſpoſitione, ut ex illa diſtinguamus, alioqui ſequeretur, quod ſemper & in privatis, non eſſet admittendus procurator, quod apertiſſimè falſum eſt. Dicendum itaque reſpici, ad diſtinctionem *d. leg. 1. an per al. cauſ. appellat.* videlicet, quod conſtitutio *d. l. 3.* locum habeat, in iis criminum privatorum caſibus, ubi procurator non admittitur, qui habentur *in d. l. 1. an per al. cauſ. appell.* adde *l. 27. de decur. l. ſi gravius 16. C. de dignit.* Menoch. *d. quæſt. 80. n. 7.*

*Æ*què, non obſtat, *l. 15. de accuſat.* Agitur ibi de ſolo Accuſatore, in quo, inſcriptio neceſſaria non eſt, cum crimen, ſolam pœnam pecuniam habet, ut patet ex *l. fin. de privat. delict. & l. ult. de furtis*, notante Menoch. *d. q. 80. n. 9.*

Nec, quod in pecuniariis cauſis procurator admittendus dicitur, hoc ita exaudiendum, quaſi & in publicis judiciis procurator admittatur, ſi crimen mereatur pœnam pecuniaram, vel aliam, non

corporalem; quippe cum per causas pecuniarias intelligamus, causas civiles, ita ut sensus sit, in criminib. publicis procuratorem non admitti; in civilibus vero licitè intervenire, prout & supra *dict. l. 15.* pro confirmatione sententiæ negativæ adduximus, & exinde probavimus, in criminibus, publici judicii, procuratorem intervenire non posse.

Ad *secundum*, pro communi opinione, adductum argumentum, respondetur, quod ne in iis quidem casibus, ubi absens damnari potest, plena rei absentis defensio, quā absolutoria sequatur sententia, admittatur, ut patet ex *l. 10. de public. judic.* & dicemus pluribus infra.

Ad *tertium*, à cessante ratione, adductum argumentum, responderi potest, quod, licet præsentia accusati, ad pœnam, & ad sententiæ executionem, necessaria non sit, quando nō corporalis, sed alia quæ pœna, reo imponenda venit, ad cognoscendam tamen, & eruēdam veritatem desideretur; ideoque, cum ratio, juris cōstituti, in totum non cesset, sed pro parte tantum, consequens est, nec ipsum jus cessare. Et hæc, de prima, antinomiæ præsentis conciliandæ, ex genere pœnarum desumpta, & ab interpp. communiter approbata ratione. *Alii* distinguere malunt, inter absentiæ allegationem, & causæ principalis defensionem, ita ut, causas absentiæ, per procuratorem quidem adferre liceat, at causæ merita tractare non liceat.

Sic enim ipse Papinian. *in l. penult. § 1. de publ. judic.* posteaquam dixisset, ad crimen judicii publici prosequendum, vel defendēdum, frustra procuratorē intervenire; subjicit, quod excusationes absentium, ex Scto, judicibus allegare liceat, ita ut, si justam rationem habeant, sententia inde differatur. Facit *deinde text. in l. 10. eod.* ubi idem Papin. excusationem pro absentib. admittēdam, esse scribit, ne præcedente trina citatione, reus q. contumax condemnetur, vel de accusatoris absentis, præsente reo, calumnia pronuncietur.

Idem *tertiò* probatur, per *l. 71. de procur.* ubi Paulus Absens reus, inquit, causas absentiæ, per procuratorem reddere potest.

Eandem distinctionem, comprobat idem Paul. *in § seq. libr. 5. sent.*

sent.tit.16. Neque Accusator, inquit, per alium accusare, neque reus, per alium defendi potest, nisi ingratum libertum patronus accuset, aut rei absentia defendatur.

Unde si reus alibi locorum captivus detineatur, vel infirmus decumbat, per procuratorem se excusare poterit, ut inde sententia differatur, prout has & alias absentiæ causas, jure comprobatas, recenset Menoch. *de arb. judic. q. lib. 1. q. 80. n. 86*.

Et de hac absentiæ defensione, Ulpianum *in leg. 33. §. publicè, de procurat.* & Alexandrum *in leg. 3. Cod. de accusat.* accipiendum esse scribunt.

At, displicet illa conciliandi ratio, inter alios, Cujatio *20. obs. c. 20.* quem sequitur Vulteius *discept. scholastic. c. 11.*

Siquidem, quod attinet *l. 3. C. de accus.* ne verbum quidem, ibi habetur, unde conjectura sumi possit, Alexandrum, de absentiæ excusatione sensisse; Reos capitalium criminum, absentes etiam, per procuratorem, defendi posse, ait. Absolutè & simpliciter, defensionem dum nominat, innocentiæ deductionem intelligit, eam defensio, non aliò, quàm ad ad ipsa causæ merita respiciat, & aliud sit, *quem excusari*, aliud verò *quem defendi, l. 10. de publ. judic.* Excusari absentiam, defendi innocentiam.

Nec textum dari posse, ubi, defensionis verbum, absolutè positum, absentiæ excusationem denotet. Dicitur quidem *defensio* apud Paul. V. *sent. 16 §. neque accusator.* At non simpliciter & absolutè, sed cum adjecto videlicet, *defensio absentia*. Et sic, defendendi verbum, in præsenti quæstione accipi, & ad ipsa causæ merita pertinere, apertè patet, *ex l. p. §. ult. de publ. judic.* Ubi, quemadmodum *prosequendi* verbum, ad causam principalem, ejusque merita pertinet; ita &, *defendendi* verbum, non aliò quàm ad innocentiæ deductionem respicit, id quod & oppositio, manifestè demonstrat, quippe cum verbum *defendendi*, & verbum *excusandi*, sibi invicem *in d. l. pen.* apertè opponantur.

Similiter, quod attinet *l. 33. § publicè procuratoribus*. ad aliam; illa, defensionem, quam quæ circa causæ merita fit, referri nequit.

Publicè utile est, inquit, Ulpian. absentes, à quibuscunque defendi, Nam, & in capitalibus judiciis defensio datur; ubicunque ergo, absens quis damnari potest, ibi quemvis, verba pro eo facientem, & innocentiam excusantem, audiri æquum est, quod ex rescripto Imperatoris nostri apparet. *Defendi* & *defensionis* verbum, ad causæ merita, & innocentiæ deductionem pertinere, supra diximus *ad l.3.C.de accusationibus* quam Ulp. *in d.l.33.* explicat, ut patet ex finalibus, allegati paragraphi, verbis, modo relatis. Immò apertè ad innocentiæ deductionem, *defensionis* verbum, quo antea usus erat, refert, & ad innocentiam demonstrandam, procuratorem admittit; atqui *innocentia* verbum, aliò, quàm ad ipsa causæ merita, referri non posse, quis negabit?

Contrariæ sententiæ sectatores, pro asserenda sua distinctione ad instantias, modò relatas, respondere conantur; Leges, inquiunt, ex legibus interpretari, & quæ generaliter, ac distinctè loquũtur secundum eas, quæ magis distinguunt; intelligere oportet, *arg. l.26.cum 2.seqq.& ib. Dd. de legib.* Hartman. Pistor. *1.quæst.jur.38.nu.19.* inque toto jure, generi per speciem derogatur, & illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est, *l.80.de reg.iur.* Ideoq;, quod una lege simpliciter, de defensione dicitur, id, ex aliis legibus, defensionem specificantibus, & de absentiæ defensione explicantibus, limitari & explicari debebit. Unde, quod Alexand. *in alleg.l.3.C.de accusat.* Reos capitalium criminum, absentes etiam, per procuratorem defendi posse, ait, non de quavis defensione, accipi debebit, sed de habili, & jure permissâ; Et cum, nec ante, ut omnes fatentur, nec etiam, post litis contestationem, in capitalibus judiciis pro absente, ad plenam defensionem, & innocentiæ deductionem, procurator admittatur, *juxta l.10.l pen.§.ultim. de publ. judic.* junct. *l.1.an per al. caus.appellat.* & Paul *5.sent.5.§ pen.& tit.16. §.neq; accusator.* consequẽs est, quod *in d.l.3.C.de accusat.* dicitur, reos capitalium criminum, etiam absentes, per procuratorem defendi posse, non de plena, sed de limitata defensione, ea scil. quam Papin. *in d.l.10.& l.pen.§.ult de publ. judic.* describit, accipiendũ esse: Etsi n. absentiæ allegatio, propriè sit,

& di-

& dicatur, absentiæ defensio, & absentiũ excusatio, juxt. *l.10.l.pen.§. ult.de publ.judic.* & Paul. *5.sent. 16.§.neq; accusator.* attamen, per synecdochen generis pro specie, etiam absolutè, defensionem dicit, & sic accipi, in *d.l.3.C.de accusat.*

Nec enim in jure nostro infrequens est, ut nomen generis ponatur pro specie, etiam ea, cui genus tantum analogicè, secundariò, & per posterius competit.

*N*ec hinc interpretationi *ad dict. l.3.* factæ, quicquam inesse absurdi, cum non oporteat, verba legum captare, sed leges, cum legibus, probè conferre, & qua monente, quid dicatur animadvertere *l. 17.l.26.l.27.l.28.l.29.& 30. de legib.l.pen.ad exhibend.*

Et, quod Papinian. in *d.l.pen.§ publ.judic.* absentium excusationi, defensionem opponit, non omnem, in genere, defensionem intelligi (nam & excusatio absentium, defensio est, teste Paulo, *d.titul. 16. §.neque accusator*) sed intelligi, defensionem κατ' ἐξοχὴν, id est, plenam.

Minorem difficultatem esse autumant, circa *leg.33.§.publicè, de procurator.* dum enim Ulpian. scribit, ubicunque quis absens damnari, capitali judicio, potest, ibi quemvis, verba pro eo facientem, & innocentiam excusantem, audiri, ipsummet ad absentiæ allegationem, se restrinxisse, & illam intellectam voluisse; Aliud siquidem esse, *rei absentis innocentiam excusare*, aliud *ejus innocentiam docere*, & probare, eum, ut insontem, crimine absolvendum esse. Excusari enim innocentia absentis rei hic dicitur, cum quis ostendit, nõ conscientia commissi delicti, non quod, tanquam nocens sententiam supterfugiat, aut contumax judicem contemnat, sed aliis justis de causis, ipsum abesse, alioquin enim si post litis contestationem, à præsente factam, reus abesset, & per triduum, per singulos dies, ter citatus, se non sisteret, ex contumacia statim condemnari poterat, nisi ejus absentia justis rationibus defenderetur, *d.l 10.* ibique Cujat. *& d.l.pen.§.ult. de publ.iudic.* Idem Cujat, *lib.20.observat.c.11.* Anton. Fabr. *in ration.ad d.l.33.§.publice.* Donell. *18.comment.10. §.in criminalibus causis.* Ut ita, cum rei absentia defenditur, simul etiam excuse-

tur ejus innocentia, ne scilicet, ex contumacia, ut nocens condemnetur.

Hæc sunt, quæ pro asserenda sua distinctione, & salvatione responsionum *ad § publicè, de procurator. & l.3. Cod. de accusat.* datarum, contrariæ opinionis sectatores adferunt, ex ipsorum scriptis, verbotenus relata, ne quis, aliam sibi mentem affingi, prætendat.

At, nondum illa solvunt, nec antinomiam tollunt. Mallem respondere, quod præter absentiæ allegationē, innocentię quoque defensio, permittatur, in casibus, ubi reus absens damnari pōt, qualis est, si quis hominem castraverit, *l.4. §.2. ad l. Corn. de Sicar.* crimen læsæ majestatis commisit *lib.5. feud. tit.19.* in apparitore perfidè se gerente, *l. ne diu, C. de pœna*, in hæretic absente, *c. cum contumacia, de hæretic. in 6.* de quibus late Menoch *l. quæst. 80. n. 138.* Autorem, datæ solutionis, habemus ipsum Ulp. ita se explicantem, *in l 3. §. publicè, de procur.* ubicunq; absens, inquit, quis damnari potest, ibi quemvis, verba pro eo facientem, & innocētiam excusantem, audiri æquum est. Eodemque sensu, rescriptum Alexandri *in l.3 C. de accusat.* accipi debere, autor est idem Ulpian. *in d. § publicè*, ubi ad rescriptum Alexandri se refert, indeq; suam assertionem comprobat.

Sanè, non desunt, qui ne eo quidem casu, in criminalibus causis procuratorem admittunt, ubi contra absentem procedi, & in absentem, sententia ferri potest, prout facit Mars. *in pract. crim. §. sequitur. n 27.* Vant. *de nullitat. tit. de nullitat. sentent. ex defect. mand. num. 17.* Boss. *in tractat. caus. crimin. tit. an in criminalib. judic. quis poss. interv. pro abs.* Clar. *in pract. crimin. § fin. q 32. n. 11.* & alii plures, quos, post Clar. *d. n. 11.* longo Catalogo refert, & sequitur, Menoch. *d. q. 80. n. 135.* Moventur *primò* per *l. 1. an per al. caus. appellat. reddi poss.* ubi Ulpian. indistinctè negat, in causis capitalibus, reum absentem, per procuratorem defendi posse, sive damnari possit; sive non possit damnari.

Moventur *secundo* per *l pen. §. ult. de publ. judic.* junct. *l. 10. eod.* ubi Papinian. negat, in publicis judiciis, absentem per procuratorem defen-

defendi posse, nec distinguit, An accusatus sit absens, vel præsens, An contra absentem; ad definitam procedi possit, vel non possit. Immò, nec eo casu, ubi absens damnari potest, per procuratorem, ipsum defendi posse, haud indicat, alioquin enim frustra dixisset excusationem absentiæ judici allegare licere, ne ter citatus reus damnetur, sed ut sententia inde differatur, si damnari absens, & sententia contra absentem ferri non posset.

Tertiò, cum *in d.l.10. & l.pen. de publ. judic.* absentiæ causas, per alium allegare concedatur, & excusator admittatur, utique intelligimus, rejectum esse procuratorem, alioquin enim frustrà in subsidium excusator admitteretur, si procurator admitti posset.

Quartò; suffragatur textus *in c. veniens, c. super his, extr. de accusationib.* ubi contra absentem procedi potest, ad depositionem ab officio, & tamen non admittitur procurator sed excusator tantum.

Quintum argumentum suppeditat Paul. V. *sentent. 11. §. neq; accusator*, ubi, cum dicatur, Reum per alium defendi posse, & duo tantum casus excipiantur, Nisi ingratum libertum patronus accuset, aut nisi rei absentia defendatur, ubi casus supra propositus; quando scilicet contra absentem procedi potest, manebit sub regula, nec procurator ibi admitteretur, *arg l.12. in pr. de judic. & ubi quisq; agere vel conv. deb.* Plura sententiæ illius argumenta, refert Menochi *d. quæst. 80. n. 135.*

At, facilis est responsio: quod enim diximus, præter absentiæ allegationem, innocentiæ quoque defensionem permitti, in casibus, ubi reus absens damnari potest; non de plena, quam absolutoria sequatur sententia, sed de qualificata & limitata defensione, qualem describit Papinian. *in l. 10. & l. penult. de publ. judic.* nimirum, ut sententia, aliàs in contumacem ferenda, differatur, intellectum volumus:

Nec enim Papin *in d.l.10. & d.l.pen.* de sola absentiæ excusatione exaudimus, ut plerique faciunt, sed latius aliquanto accipimus, tum de absentiæ, tum etiam innocentiæ excusatione, ita ut

secun-

ex l.pen. de publ.iudic.l.11.§.2.ad l.Iul.de adult.l.1.an per alium causæ appell redd.poss. ad defendendum crimen capitale, procurator intervenire non possit, multò minus defensor admitteretur, cum in hoc, major sit prohibendi ratio, quam in illo. Procurator quippe, cum mandato agit, & jussu Domini negotia administrat, *l.1.in pr.de procurat.* At defensor, citra expressum mandatum, ad defendendum venit, definitore Wesenbec. *in paratitl. Digestor. de procurat. num.12.* Unde, quod per procuratorem agitur, per ipsum principalem, agi censetur, ita ut sententia, contra procuratorem lata, ipsi domino noceat, *l.10.C.de procurat.l.8.C.de transact,l.23.in fin.de minorib.* quod secus est, in defensore, qui cum, citra mandatum, ad defendendum veniat, utique factum ejus, reo obesse non poterit *l.9.§.4 de interrogat.in jure faciend.l.49.de procurat.l.13.de pact.* Geil.*1. observat. 45.numer.1.& 2.*

Idem, *deinde*, in terminis quasi decidi, & negari videtur, *in l.2. C.de procur.* ubi, cum quæsitum esset, An marito, pro uxore, ad libellum appellationis, respondere liceat? in causa pecuniaria, id licere, rescriptum fuit; quo ipso, satis innuitur, in causa criminali non licere; quod cum, in persona mariti, sit rescriptum, nec is, pro uxore, in causa criminali admittatur, multò minus, pater, pro filio absente, admittetur, cum tanta non sit, inter parentes & liberos, affectio, quanta inter maritum & uxorem, prout testatur vita communis, & depingitur *Gen.c.2.Marc.c.10.*

Accedit, *tertiò*, rationis identitas. Cur procurator non admittatur, sed ipsius rei præsentia desideretur, inde *primò* fieri diximus, quo ex sermone ejus, & vultu, veritas, erui, & de crimine rectius judicari, & cognosci possit; multa quippe sunt, in vultu, & sermone, ex quibus aut detegitur conscientia, admissi, aut innocentia confirmatur, referente Arcadio *in l.10. §.pen.de quæstion.* & monente Cicerone *lib.1.offic.*

Unde & in civilibus, ac pecuniariis causis, non rarò ipsimet litigantes, personaliter, in judicio, comparere, & ad interrogata, proprio ore ac sermone, respondere jubentur, si ita judici sederit, &, ad

eruendam veritatem, ipsorum principaliũ præsentia conducere videatur, quippe quod, præsens, minus mentiri, & plus veritatis allaturus censeatur, quã si, per procuratorẽ, causam agere permittatur, *per tex. in l. pen. de interrogat. in jure fac. l. fin. C. de procurat.* prout, in Facultate, non semel respondimus, & in Dicasterio provinciali Jenensi, ac facultate juridica, multoties ita judicatum, & responsum fuisse, annotavit Dom. Arumæus, *in decisionib. forensib. decis. 7. nu. 19. cum seq.* adstipulatur gloss *in c. literas 14. extr. de præsumpt.* Bald *in d. l. fin. C. de procurat.* Clar. *lib. 5. sent. § fin. quæst. 32. n. 11. & q. 33. n. 2. in fin.* Atqui, patre, vel quo alio defensore, admisso, veritas æquè occultaretur, ac fieret, procuratore interveniente, quem proinde jura non admittunt;

Deinde, ob id etiam, ad cognoscendum, & quo veritas eruatur, ipsius accusati præsentiam, desiderari diximus, ut, si sponte fateri nolit, sub sint tamen justa suspicionis causæ, confessio, per torturã, exprimi possit, quod & ipsum fieri nequit, patre, vel quo alio defensore, pro absentibus, admisso.

Maximè verò, ad exequendum accusati præsentia requiritur, ne ad pœnam corporalem condemnatus, aufugiat, & sententiam contra se latam, eludat, *contra l. si prætor, de iudic.* quod utique fieret, si parens, ad deducendam filii innocentiam, admitteretur; siquidem, nec contra filium absentem, sententia ferri posset *l. absentem, de pœn. l. absentem, C. de accusat.* Nec etiam contra parentem ipsum procedi, per text. *in l. sancimus, C. de pœn.*

Etsi enim, qui alium defendere intendit, admittatur si caveat judicatum solvi, *l. 46. §. 2. l. 51. in fin. l. 52. l. 53. de procurat.* id tamen, in causis criminalibus non obtinet, ut rectè animadvertit. Menoch. *de arbitr. jud. quæst. lib. 1. quæst. 80. nu. 135. versic. rursus.* Et frustrà à patre, respectu filii absentis, promitteretur, cum in absentem sententia ferri nequeat, ut diximus, multoque minus sententia lata executioni mandari, absente eo, in quem executio fieri deberet: nec etiam respectu sui ipsius, parens ita cavere posset; cum enim promitti

mitti non possit, nisi quod habemus, nec pœna de aliis rebus, quam quarum quis est Dominus persolvi, & verò membrorum suorum, vitæque nemo sit Dominus *l. liber homo 13 ad l. aquil c. si non licet, caus. 23. quæst. 5.* non potest se, ullo quis contractu, ad pœnam corporalem obligare aut sanguinis pœnam, ab alio in se cavendo, vel fidejubendo derivare; Nec juris, sed injuriæ esset corpus innocentis, ex alieno delicto, affligi, siquidem cum pœna nihil sit aliud, quam delicti coercitio, ibi duntaxat erit pœna, ubi delictum, ne pœna delinquētem egredi, sed suos autores tenere debebit, *leg. sancimus, 22. Cod de pœn. leg. 2. §. 7. de decurionibus, leg. nemo 3. §. patiatur, Cod. de episcop. audient.*

Quod cùm ita sit, & rationes, propter quas, procurator in causis criminalibus, publici judicii repellebatur, in persona patris, pro filio intervenientis, tum quoad cognoscendum, tum etiam quoad exequendum, peræquè militent, idem de hoc statuendum, quod de persona procuratoris statutum esse diximus, siquidem, ubi eadem est ratio, ibi idem jus esse debebit, *per vulgata.*

At his non obstantibus, patrem in proposita facti specie, ad deducendam filii innocentiam admisimus.

Eodem modo Jureconsultos Academiarum, Marpurgensis & Jenensis, respondisse refert, Dominic. Arum. *in decis. forensib. decis. 7. num. 33. & 45.*

Eandemque sententiam, ceu humaniorem, & æquiorem, inter alios, in thesi, tuentur, & defendunt Jul. Clar. *lib. 5. sent. § fin. quæst. 33.* Menoch. *de arbitr. judic. quæst. lib. 1. quæst. 80. n. 97.*

Probatur *primo* per *l. 1 ff. de liber. cau.* ubi parens ad filii, & vicissim filius, ad patris libertatē asserendam, admittitur, quia, ut subjicitur, *in l. proximè seq.* servitus filii, ad dolorem patris & servitus patris, ad dolorem ac injuriam filii, porrigitur, quæ ratio cum in nostro etiam casu obtineat, nec minus sit luctuosum patri videre filium suum perire, & indefensum relinqui, idem etiam jus obtinebit.

Deinde ratione proprii interesse cuilibet, etiā in causis criminalib.

intervenire licere, constans est Doctorum traditio, per notat à Clar. *d.q.33.n.5.* Menoch. *d.q.80.n.97.* Atqui constat, maximè interesse patris, filium habere superstitem, non secus ac se ipsum, quippe cum pater & filius una eademque persona esse censeantur, & filius sit portio viscerum paternorum, *l fin. C.de impub. & aliis substit. l.8.§.3 quod metus caus. §.fin. Inst. de noxalib. actionib.* Unde, quando pater causam filii agere, & innocentiam accusati demonstrare satagit, non tam de aliena, quam de propria causa agi credendum est, teste JCto *in l.2.§.3. quand.appelland sit*, ubi, cum quæsitum esset, An conjunctus pro conjuncto, capitis damnato, appellare volens, die secunda (ut fit in causa propria) an tertia (quod fit in causa aliena) appellare debeat, secunda die, appellari debere, responsum fuit, quia qui sua interesse dicit propriam causam defendit, ut habent verba *dict. l.2.§.fin. quand.appell.sit.*

Probatur *tertiò* per *l.exigendi 12. C.de procur.* ubi Alexander multo justius esse judicavit, filium Accusati, etsi legitimam ætatem non complevisset, audire, defensorem patris, quàm absentem, quasi cõtumacem & indefensum, gravi condemnatione afficere; idem multo magis indicaturus, de patre filii accusati, cum major sit ratio admittendi patris, quam filii, per superius dicta.

Quartò facit in simili, quod dominus ad defendendum servum admittatur *l.11. de publ.judic. l.2 C.de accusat. & inscriptionib.* quod, cum fiat, ob interesse pecuniarium, nec minus intersit patris, filium habere salvum, & criminis insontem, ad exemplum domini, utique & pater pro filio admittetur.

Confert *deniq.* quod Abbas pro Monacho, Episcopus pro clerico, magistratus pro subdito, ratione proprii interesse, intervenire possint, uti post gloss. & Doctores communiter, tradit Menoch. *de arbitr.iudic.qu.lib.1.qu.80.n.100.Clar.d.quæst.33.n.5.*

Nec obstant rationes pro negativa adductæ. Quod enim *primò* de procuratore afferebatur, huc non pertinet, cum procurator sit causæ alienæ, in nostro vero casu non de aliena, sed de propria causa, intervenientium, & proprio interesse tractetur; alieno nomine,

in cri-

in criminalibus intervenire non licet, proprio autem, & ratione proprii intereſſe licet *Menoch.d.q 80.n.97.*

Quæ cauſa etiam fuit, cur *in l.2.C.de procuratorib.* quæ *ſecundo* loco objecta fuit, maritus nomine uxoris, in cauſa criminali non admittatur, quia, vi mandati, ab uxore ſibi dati agere inſtituit, cum aliàs, ratione ſui proprii intereſſe, admiſſus fuiſſet.

De rationibus, & cauſis, cur jura accuſatum ipſummet adeſſe velint, quod *tertiò* adducebatur, ſciendum, accuſati præſentia, in præſenti caſu, ad cognoſcendum non eſſe opus, dum pater filii ſui innocentiam, ex aliis, quas habere prætendit, probationibus & argmentis, demonſtrare ſatagit; Sententiam vero quantum attinet, ſi filii innocentia ſufficienter probata inveniatur, ſententia fertur abſolutoria, ad quam præſentia non requiritur, ſin vero interveniẽs pater, in probatione deficiat, accuſatus ipſemet denuò adeſſe jubetur, eique, ceu melius forte inſtructo, cauſam redintegrare, & de novo agere, licet.

Et hac de rationibus, tam dubitandi, quàm decidendi, caſus nobis propoſiti. *Coronidis* loco monendum, quod, quibus caſibus, procurator, vel defenſor, in cauſis criminalibus, non admittitur, nihilominus liceat articulos defenſionales offerre, & judicis officium implorare, ut deſuper, teſtes nominati, pro informando judice, & cognoſcenda abſentis innocentia, examinentur, uti poſt Jaſonem, & alios, cautelam hanc notat & præjudicio Jenenſi, comprobat Dominicus Arumæus *deciſionum forenſium lib.1.deciſ.7.circa fin.*

Et hanc communem eſſe Doctorum opinionem, poſt multos à ſe allegatos, tradit Clar. *lib.5.ſentent.§.fin.quæſt.33.num.2.* ratio, in promptu eſt, quia hoc ipſo, nihil aliud petitur, quã quod Judex aliàs ex officio facere teneretur, tenetur quippe Judex bonus, omnibus modis veritatem indagare, & ex officio perquirere, de innocentia rei, etiam nemine petente.

Nec *obſtabunt*, quæ contra cautelam hanc, in contrarium affert Clar. *d.quæſt.33.n.2* ubi opinionem illam, abſurdam & ridiculam eſſe, ait, quia hoc modo deſtrueretur, tota practica criminalis, nam

nullus, inquisitus, vel accusatus, compareret personaliter, ad se defendendum, sed vel ex officio, vel per hujusmodi excusatorem, faceret testes ad sui defensionem examinari, absque ullo capitis sui periculo, & ita nunquam reus posset examinari, neque torqueri, nec ulla condemnatio fieri; non *obstat*, inquam, illa consideratio, siquidem, eo casu, quod sit, ad privatam ipsius judicis informationem fit, nec publicatio testium peti, poterit, sed in secreto, attestationes habentur, & publicationem petens repellitur, cum, alio fine, & effectu, informatio illa suscipi soleat.

DECISIO VIGESIMAPRIMA.

An & quatenus à sententia in causis criminalibus lata appellare liceat?

NUM à sententia in causis criminalibus lata, ab inferiore ad superiorem judicem provocare liceat, in causa quadam, à judice & Adsessoribus judicii criminalis, quod est W. ad facultatem nostram transmissa, disputatum memini.

Et sanè in casu Actorum transmissorum, appellationi non rectè deferri, dicendum videbatur.

Siquidem (quæ est *prima* sententiæ negativæ ratio) ne jure quidem civili, in atrocioribus delictis, appellationi locum esse, si reus crimen ipsemet sit confessus, constat ex *l. 244. de verbor. signific.* ubi Labeo, Si qua pœna est, *inquit*, mulcta est, si qua mulcta est, pœna est. Paulus, utrumque eorum falsum est, namque harum rerum dissimilitudo, ex hoc quoque apparet, quod de pœna provocatio non est, simulatque enim victus quis est, ejus maleficii, cujus pœna est statuta, statim ea debetur; at mulctæ provocatio est, nec ante debetur, quàm aut non est provocatum, aut provocator victus est, nec aliter, quàm si is dixit, cui dicere liceret.

Cui

Cui adstipulatur *l.2.Cod.quor.appellat.non recip.* ubi Constantius & Constans Imperatores ad Hieroclem cons. Syriæ Cœlest. Observare curabis, inquiunt, ne quis homicidarum, veneficorum, maleficorum adulterorum, itemque eorum, qui manifestam violentiam commiserunt, argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria, vitium, scelusque confessus, audiatur appellans.

Idem in specie de crimine Raptus, & quod in eo provocatio locum non habeat, constitutum legimus, *in l unic C.de rapt. virgin.* ubi Justinianus Imperator, provinciarum Rectoribus, aliisque judicibus, mandat, ut Reos comprehensos, simul ac de crimine constiterit, ultimo supplicio afficiant, nec si appellare velint, ullam eis concedant licentiam.

Idque maximè obtinet, si publicè intersit, damnatum statim puniri, per text. *in l.16. Dig. de appellationib.* ubi Modestinus, constitutiones, inquit, quæ de recipiendis vel non recipiendis appellationibus loquuntur, ut nihil novi fiat, locum non habent in eorum persona, quos damnatos statim puniri, publicè interest, ut sunt, insignes latrones, vel seditionum Concitatores, vel Duces factionum, Marant, *in Specul. part. 6. §. & quando appellatur, numer. 292. cum aliquot seqq.*

Jam verò, in casu proposito, de commisso latrocinio, (in quo, dicta l.16. Appellationem prohibet) agebatur, deque eo ex propria accusati confessione constabat, & insuper expedit Reipublic. hoc præsertim depravato seculo, & in tanta delictorum frequentia mora, Reos puniri.

Idque *secundo*, præter jus commune supra relatum omnino velle videtur, consuetudo apud Germanos recepta. Siquidem, per generalem Germaniæ consuetudinem, in causis criminalibus, appellationes non admitti, sed post latam sententiam, statim pro arbitrio judicis, remotâ omni appellatione, executionem fieri vulgo recepta est criminalistarum sententia.

Testantur de illa, quam dixi consuetudine Joachim Myns. *centu. 4. observation. 41.* Idem *Responso. 7. nu. 15. decad. prim. & Responso. 59. n. 61. decad.*

decad.sext. Andr. Geil. *lib.1.observat.c.1.num.28.* Idem *de pac.public. libr.1.cap.20.num.36.* Joachim Beust. *in rub. de iureiuran.num 97.* Nec ulla alia probatione indigere videtur, cum sit notoria, juxt. Bald. *in l. mulieribus, num.13.vers. Et ista consuetudo notoria, Cod. ad SC. Velleian.* idem Bald. *in l. si fugitivi, numer.3. C. de serv fugitiv. & in l. si cum 2. num.5. Cod. quando provocare non est necess.* Alexand. *in l. unic. C. ut quæ desunt advocat, part.* idem *5.consil.14.* Bart. *in l. lege Iulia, n.3. de testib.* Matth. Coler. *decis.98.n.15.* Mynsing. *5.observ.96.num.6.&7.* Andr. Geil. *lib.1.observat. cap.36.n.16.* Idem *lib.2.observat.cap.31.num.17.* Et alias etiam, Doctoribus de consuetudine attestantibus fides sit habenda, juxt Bart *in l. de quibus 32.quæst.4. Digest. de legib.* Bald. *ibid.* Cacheran. *decis.141.num.16.* Francisc. Viv. *lib.1.commun.opinion.verb. Doctori Famos.* Gabriel. *libr.1.de probationib.conclus.4.* Capyt. *decis.176.n.18.* Laurent. Kirchov. *commun.opinion.centur.2.conclus.45. & conclus.47.* Graff. *commun opin. lib.1. cap 1.quæst.20* Mynsing. *observat.practic.cent.6.observat.41.num.3. cum seqq.* ubi multos hujus sententiæ Autores recenset, eamq; communem & in Camera Imperiali receptam ait.

Posse verò statuto, vel consuetudine induci, ne in causis criminalibus appelletur, tenent Doctores communiter, Didac. Covarruv. *in pract. quæstionib.cap.23.num.6.* Capyt *decis.137.nu.17.* Moller. *libr.4.semestr.cap 33.* Jul. Clar. *in practic.criminal.lib.5.sentent. §. fin. quæstion.94.* ubi ait, valere statutum disponens, quod in causis criminalibus non liceat appellare, eamque opinionem esse communem, nec ab illa in practica recedendum, atque ita in Ducatu Mediolanensi, omnes appellationes ac nullitatis querelas, in causis criminalibus per constitutiones publicas, esse sublatas refert *dict. loc.*

Eodemque modo in Flandria servari nec appellationes in causis criminalibus attendi, etiamsi Reus non sit proprio ore crimen confessus, attestatur Jodoc. Damhouder. *in practic.criminal.cap.149. num.2.* relatus à Clar. *d.quæst.94.num.3.* Et probatur ex eo, quod statutum vel consuetudo possit tollere jus commune *leg. de quibus 32. § fin. de legib. l. fin. de constitutionib. princip. §. sed naturalia, Institut. de iur. natural. gent. & civil. l.1. ad l. aquil. c. ult. in fin. de rescript. in 6. c.3. c. ult. in fin. distinct.*

distinct.4. Bald.*in l.1.de legib.* Jas.*in d.l.de quibus.n.69.* Covarruv.*in commentar. ad c. Alma mater, de sentent. excommun.in 6.part,2.in princ. nu. 2.* *Geil 1.observ.36.n.1.cum seqq.* Idem *lib.2.observ.31.num.5.*

Nec, *tertio*, jus illud, de non admittenda appellatione in criminalibus, causa introductiva destituitur, sed justis subnixum est rationibus, salutem publicam concernentibus; ne nimirum provocandi temeritas, autoritatem & reverentiam judiciorum labefactet, & ne delicta maneant impunita, sontes debitis pœnis subtrahantur, aliique hoc modo ad patranda flagitia incitentur, aut in malo proposito, vitæque malitia obsetventur; cum, admissâ appellatione, facile, fieri possit, ut lite pendente Accusati vel aufugiant, vel moriantur, sicque debitæ pœnæ subtrahantur; quòd aliis exemplo esse posset, audendi consimilia facinora. Jam verò, Rationẽ pro lege esse, & ubi rationem habemus bonam Reipubl accommodam, non esse necesse quærere legem, constat ex *c. consuetudo, §. porrò, dist.1.*

Quartò, consuetudo, de non appellando in causis criminalib. publica Imperii lege comprobata, sicque ex jure non scripto, scriptum factum fuisse videtur textus in ordinatione Cameræ Imperialis *part.2.c 28 §.item* nach dem/ ubi habetur, inveteratæ, sacri Romani Imperii, consuetudini repugnare, si appellationes in causis criminalibus admittantur, Concordat Recessus Augustanus de anno 1530, ubi sancitur, quod Appellationes in Camera Imperiali à causis criminalibus, contra receptam, sacri Romani Imperii, consuetudinem, introducta, in posterum admitti non debeant. Quibus constitutionibus, utpote recentioribus, standum, non attento, quid jure civili veteri sit cautum, *l.fin.de constitutionib.princ. l. 1.ad leg. Aquil. l. 1.in prin.ad leg. Facid. l.1. § si servi 19.de quæstionib.*

Unde *Quintum*, pro rejicienda appellatione fundamentum resultat; Cum enim Judex & Adsessores Cameræ Imperialis prohibeantur processus Appellationum à sententiis, in criminibus publici judicii latis, interpositarum, decernere, *part.2.ordinat. Camer.c.28. §.item* nach dem/ & dict. Recessu Imperii *de anno 1530. §.item* als jetzo etliche Zeit hero von peinlichen Sachen; atque ita etiam in Camera Im-

periali observari soleat, annotante Geilio *libr.1.observation.practic. cap.1.num.36.* & Mynsingero *centur. 4. observat.41.* utique idem in inferioribus quoq; tribunalibus, & curiis observari debebit, siquidem judicia inferiora ad modum & formam judicii Cameralis reformari ac secundum stylum ac consuetudinem Cameræ ordinari & conformari jubentur, juxt. recessum Deputationis *de anno 1600.* §. dieweil aber.

Confert *sextò*, quod jure etiam Saxonico in criminalibus non concedatur Appellatio, si pœna corporis afflictiva Reo imponenda veniat, uti testatur Coler. *decis.132. num 11.* post Benedict Reinhard. differentiarum juris civilis ex Saxonici *part.4. differ.19* item *part. 5. different.24.* & Autorem anonymum differentiarum inter jus civile commune & Saxonicum, *differ.* 136. per text. *libr. 2.* Landrecht *art. 12.* ibi Wirdt ein Mann gefangen im Gericht / er kan kein Urtheil schelten.

Septimò, per desuetudinem etiam jura civilia tolli, & abrogari, constat *ex l. de quibus 32. in fin. de legib* ubi Julianus, rectissimè, inquit, & illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium, per desuetudinem abrogentur, Menoch. *de præsumpt. lib.2 præsumpt.2.n.1.*

Unde est quod statuta in usum non recepta, pro non scriptis habeantur, nec subditos obligent, prout in facti contingentia aliquando respondimus, & annotant Emanuel Soarez *in thesauro commun. opinion. lit. S. num.193* Matth. Gribald. *commun. opinion.* §. *statutum req.7.* Jam vero in loco ubi casus contigit, vel fando inauditum esse, asserebatur, ut in criminibus judicii publici appelletur, nec posse dari exemplum, ubi tale quid tentatum, vel appellatio recepta fuerit. Quare cum usus & stylus fori pro lege sit *c. ex literis, de constitutionib.* appellationi deferendum non esse.

Denique & illud in casu proposito, quo minus interposita appellatio admittatur obstare videbatur, quod sententia à qua appellatum fuit, non definitiva, sed interlocutoria tantum existat. Siquidem Accausato injuncta fuerat per sententiam, probatio 112.113. & 114.

& 114. articulorum defensionalium, quæ utique mera est interlocutoria. Atqui à sententia interlocutoria appellari non posse, juris est certi, per text. *in l.4.de appellationib.recipiend.leg.ante 7.C.quor.appellat. non recip.l.eos qui 6.§.super his, C. de appellationib.c non solent §.fin. caus. 2.quæst.2.* Bartol. *in dict. leg penult. Cod. quor. appellat. non recip.* Guid. Pap. *decis 75.num.1.* Maranta *in Speculo part.6.§.& demum fertur sententia, num.6.* Idem *d.part.6.§ & quandoq; appellatur. nu.303* Geil *1.observat.129.in princip.* Idem *1.observat.130.per totum,* Mynsinger. *centur.4.observ.42.*

At his non obstantibus Appellationem in casu proposito rectè interpositam fuisse, & à judice ad quem recipi oporteret, Respondimus.

Const[illegible] *[illegible]prime*, de jure communi non tantum à civilibus, sed & à [illegible] causis regulariter Appellare licere; Textus est *in l [illegible]nib.* ubi ad pœnam mortis damnato appellare permittitur; [illegible] licet aliàs à sententia appellare non possit, nisi qui fuit ipsemet in lite, si tamen ad mortem quis sit damnatus, alii etiam pro eo appellare licet, sive velit, sive nolit, & sive appellãs necessarius sit, sive extraneus. Non tantum ei, inquit Ulpian.d.loc. qui ad supplicium ducitur provocare permittitur, verum alii quoque nomine ejus, non tantum si ille mandaverit, verum quisquis alius provocare voluerit, neque distinguitur, Utrum necessarius sit, nec ne, credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere; Ergo etsi ipse acquiescit sententiæ, nec quærimus, cujus intersit. Quid ergo, si resistat, qui damnatus est, adversus provocationem? nec velit admitti ejus appellationem perire festinans? adhuc putem, differendum supplicium, *hæc Ulpia.* concordat *l.29.C.eod.* ubi Imperatores Arcadius & Honorius Cæsario præfecto prætorio in hæc verba rescripserunt, Addictos supplicio, & pro criminum immanitate damnatos, nulli per vim vindicare liceat, ac tenere; quib. in causa criminali humanitatis consideratione, si tempora suffragantur, interponendæ provocationis copiã non ne-

gamus, ut ibi diligentius examinetur, ubi contra hominis salutem per errorem vel gratiam cognitoris oppressa putatur esse justitia.

In eadem sententiam iidem Imperatores Arcadius & Honorius Theodoro præfecto prætorio rescripserunt; si quis, *inquiunt in l. 30. C. de appellationib.* provocatione interposita suspecti judicis velit evitare sententiam, liberam habeat potestatem, nec timeat cõtumeliam judiciorum, cum & ab ipsa injuria possit facile provocare. sciant igitur cuncti sibi ab injuriis & suspectis judicibus, & in capitali supplicio, ac fortunarum dispendio, provocationem esse concessam. Extant & aliæ hinc inde, ejusdem tenoris, leges & constitutiones quam plurimæ, quibus ad ultimum supplicium damnatis Appellandi licentia & facultas conceditur, uti videre est, *in l. 1. l. 6. §. 3. l. 13. in princ. C. de appellationib. l. 6. §. fin. C. de episcop. audient. l. 2. C. si penden. appell. mors interven. l. 7. §. 17. cum seq. de interdict. & relegat. l. 2. §. fin. de pœn.* ubi Ulpian. Eum inquit, accipiemus damnatum, qui non provocavit, cæterùm si provocet, nondum damnatus videtur, latè Barth. Cæpola *cautel. 2.* Wesenb *lib. 1. cons. 43. n. 132.* Joh. Fichard. *lib. 1. cons. 36. n. 36.* Bar. *in l. qui ultimo supplicio, de pœn* Felin. *in c. quærenti, ext. de offic. delegat.* Abb. *in c. 2. ext. de judic.* Ernest. Cothman. *lib. 1. responsorum, respons. 14. & respons. 16.* *Covarruv. pract. quæst. c. 23. n. 4. §. sexto est. vers. nam & in criminalib.* Nec est qui dissentiat, & negare audeat, de jure communi in criminalibus causis, atque ac in civilibus, appellare licere.

Cui accedit, quod ratio, propter quam beneficium appellationis fuit inventum, in causis criminalibus maximè obtineat. Rationem introductæ appellationis refert Ulp. *in l. 1. ff. de appellationib.* Appellandi usus, quam sit vetus, inquit, quam frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem judicantiũ, vel imperitiam corrigat; quibus verbis hoc significatum voluit, ratione & sensu communi quemvis doceri, oppressos aut iniquitate, aut inscitia judicis, auxilio superioris magistratus, sublevandos esse, adeoque eum in finem appellationis remedium, quo ad superiorem magistratum causa iterum cognoscenda defertur, inventum fuisse,

ut sen-

ut ſententia injuſtè lata, in melius reformetur, & ne iniquo aliquo judicio, per imperitiam, aut etiam malitiam judicis, jus ſuum cuiq; eripiatur; quæ ratio, in cauſis criminalibus maximè obtinet, quippe cum ibi non de glande legenda, vel pecore paſcendo, ſed de ſanguine & vita hominis, re omniũ precioſiſſima, nobiliſſima, agatur.

Quod cum ita ſit, cum inquam, de jure communi æque in criminalibus ac in civilibus cauſis appellatio admittatur, nec alia lege vel conſtitutione poſteriori jus illud immutatum reperiatur, utiq; ſtandum erit juri ſemel conſtituto *arg. l. præcipimus, Cod. de appellation. l. ſancimus, C de teſtam.* Nec præſumenda eſt mutatio, aut ex rationibus, ſententiis generaliſſimis, aphoriſmis & argumentis Topicis, inducẽda, ſed clarè & apertè de illa conſtare & liquere oportet, Franciſc. Viv. *lib. 1. commun. opinion. §. ſtatutum, maximè verò hoc in caſu,* ubi ſumma pro lege conſtituta, contra mutationem ejus militat, *arg. l. placuit 8. C. de judic. l in omnibus 90. l. etſi nihil 143. de reg. jur. cum, ſimilib. vulgo notis;* ſiquidem appellatio ſpecies eſt Defenſionis, & innocentiæ præſidium, ut appellatur ab Innocentio Tertio, *in c. 61. §. porro, extra de appellationib. cui concordat l. 1 ff. eod.* Eſt Theriaca cõtra venenum judicis Bald. *in l. unic. C. ſi de momentar. poſſeſſ appell.* Cæſar concord. *ibi. in ultima ratione decidendi* Guilh Benedict in repetitione *c. Rainutius, part. 2. verb mortuo teſtatore, n. 276. extr. de teſtam.* Moller. *4. ſemeſt. 33. n. 5.* Et ſanè ſi ulla juris ſupra poſiti neceſſaria fuiſſet mutatio, illam utique ſine dubio feciſſet Imperator Carolus V. in ordinatione criminali, quippe ubi ex profeſſo de judiciis criminalibus, & ſententiarum capitalium executionibus agitur; qua de re pluribus agemus infra circa refutationem ſecundæ Rationis dubitandi.

Et hæc de prima Decidendi ratione.

Secundo, attendebatur, quod ab Appellatis, probatum non fuerit, nec etiã probari potuerit, inveterata conſuetudine, uſuq; longævo introductum eſſe, ne à judicio criminali civitatis E, in criminibus publici judicii, à ſententiis capitalibus, ad ſuperius Tribunal, appelletur. Quod enim de deſuetudine, & intermiſſo uſu Appellandi adferebatur, infirmius eſt, quam ut inde jura, in ſalutem homi-

num constituta, tollantur, uti circa septimam dubitandi rationem videbimus, & ad oculũ factę illationis infirmitatẽ demonstrabimus.

Tertiò non parum movebat, Nullitatis consideratio. Nullitatis, in judicio causarum criminalium commissæ querelam, tum in Camera Imper. tum etiam aliis in judiciis admitti, sive in processu, sive in ipsa sententia, Nullitas sit commissa, constat ex ordin. Cameræ Imper. *par. 2. tit. 28.* docent præjudicia Cameræ, & notant Mynsin. *observ. pract. centur. 4 observ. 42.* Fichar. *cons. 123. n. 2. lib. 2.*

Et quidem, ope appellationis Nullitatem in Camera Imperiali, aliisq; judiciis proponi posse, scribit Fichar. *d. loc.* Immò utilius & consultius esse putant practici, Appellationis remedio Nullitatem introducere, monentque Advocatos, ut à sententia quantumvis Nulla, semper appellent, Raph. Cuman. *cons. 44. n. 5.* Jacob. Henrichman. *cons. 31. n. 11. lib. 3.* quos refert, & in simili sequitur Ernest. Cothman. *respons. 14. n. 60. cum seq. lib. 1 consiliorum.* Jam verò, circa causam præsentem, plures unâ Nullitates commissas fuisse, ex Actis constabat luculenter.

Et *primò* quidem, quoad Torturæ Decretum nimis festinanter processum fuit. Juris est certi & indubitati, Reum torquendũ non esse, nec ad torturam perveniendum, nisi adsint inditia imputati criminis urgentissima, ita ut sola confessio Reorum deesse videatur *l. 1. in princip. §. 4 §. 17. de quæstionib.* concord. *l. 10 § 3 l. 18 §. in ea causa, l. ultim. eod. l. 3. in princip. l. 8. §. 1. Cod. eod. l. sicut 17. Cod. ad l. Cornel. de fals.* concord. de jure Canonic. *c. 6. extr. de reg. jur.* ubi Gregorius Pontifex in ipso causæ initio, inquit, non est à quæstionibus inchoandum. Concordat &, constitutio criminalis Caroli Quinti *artic. 6. in princ.* cujus verba hæc sunt.

So jemand einer Ubelthat durch gemeinen Leumuth berüchtiget/ oder ander glaubwürdiger Anzeigung verdacht vnd argwöhnig/ vnd derhalben durch die Obrigkeit von Ampts halben angenommen wurde/ der sol doch mit peinlicher Frage nicht angegrieffen werden/ es sey denn zuvor redtlich vnd derhalben gnugsame Anzeigung vnd Vermuthung/ von wegen derselben Missethat auff jhn glaubwirdig gemachet.

Idem

Idem ab eodem Imperatore Carolo Quinto repetitur *artic. 20. dictæ ordinationis criminalis* hisce verbis: Wo nicht zuvor redliche Anzeigung der Missethat/darnach man fragen wolt/vorhanden vnd beweist würde/sol niemands gefragt werden/vnd ob auch gleichwol auß der Marter die Missethat bekandt würde/so soll doch der nicht geglaubt/noch jemands darauff verurtheilt werden.

Wo auch einige Obrigkeit oder Richter/in solchem vberführen/sollen die/dem alse wider Recht/ohn die beweesene Anzeigung/gemartert were/seiner Schmach/Schmertzen/Kosten vnd Schaden der Gebür ergetzung zuthun/schuldig seyn.

Accedit gloss *in l. si quis 3. Codic. ad leg Jul. Majestat.* Dd. *in l. 1. §. 1 de quæstionibus*, Clarus *libr. 5 sentent. § fin. quæst. 45 numer. 6.* Idem *quæst. 64. num 9. & num 13.* Gomez *lib 3. resolution. cap. 13.* Hyppolit. de Marsil. *in practic criminal §. constante, num. 1. & seq* Decian. *in tractat: crimin lib 7. cap 47.* Bocr. *decis. 163. num. 2* Zanger. *in tractat. de tortur. cap 1. num. 13. 15 & cap. 2. in princip & num. 4.* Bocer. *in tractatu de quæstionib & tortura reor. cap. 3. num. 8.* Moller. *2. semest. 25.* Ex quibus ita deductis, evidenter constat, à tortura non esse incipiendum, ad torturam non deveniendum, nisi inditia ad torturam sufficientia, præcedant, nec aliter quam sub tormentis interrogari, debere, quàm si inditia criminis extent talia, ut sola Reorum confessio deesse videatur. Atqui in nostro casu, nullis præcedentibus inditiis, commissi homicidii, aut certi alicujus delicti, Reus torturæ subjectus; fuit quod enim attinet scortationem, & rerum furtivarum emptionem, de quibus, ex confessione facinorosorum quorundam reus arguebatur, confessus fuit, ante, quam ad torturam cōdemnatus fuit, delicta ejusmodi, nec proinde torqueri, sed puniri debuisset.

Sanè, si Reus malæ sit conditionis & famæ solitusque delinquere, quibusdam videtur, etiam aliis inditiis deficientibus, eum esse torquendum, quos refert Marsilius *in practic. criminal. §. diligenter, nu. 99.* & tenet Boss. *in pract. crim. tit. de inquisitione, n. 29. & tit. de indit. ante tort. num 65.* At minus considerate, ut videre est, apud Jul. Clar. *lib. 5. sent. §. fin. q. 64.* ubi sententiam illam improbat, quia si, ex eo solo

omnia in ipsum delictum, An constet de eo, inquirere satagat. Es soll ein jeder Richter/ inquit Carol. V. d. loc. in diesen grossen Sachen/ vor der peinlichen Frage/ so viel müglich vnd nach gestalt vnd gelegenheit einer jeden Sachen/ beschehen kan/ sich erkundigen / vnd fleissig nachfragens haben/ ob die Missethat darumb er angenommen/ berüchtiget vnnd verdacht/ auch beschehen sey/ oder nicht. Idem comprobatur exemplo Sacrarum literarum, *Deut.17.v.4.* ubi ob idololatriam accusatus puniri prohibetur, ante quam habita diligenti inquisitione, de delicto certò constet. Unde & in Scabinatus, aliisque collegiis juridicis, quando de jure in causa criminali respondetur, addi solet clausula, Si diligenti habita inquisitione, de delicto certò constet, uti testatur Moller. *3. semest.40* duo referens exempla, ubi Rei, eo non observato, innocentissimè sunt occisi. Adde Bart. *ad l.1.§.24. de SC. Sylan.* Clar. *lib.5. sent. § fi. q 4. n.1. item q.52. n.7. q.55. n.10. cum seq. q.64. n.3 & q. 66. in prin.* Gomez. *lib.3. variar. resolut. c.9. n.1.* Boss. *in pract. crim. tit.1. in prin.* Gram *decis 60. n.19* Maran. *in spec part.6. in princ. titu. de inquisitione n.17.* Hipp. de Marl. *in pract. crim. in prin. n.5.* Ant. Gab. *lib.7. comm opin. conclus.17.* Coler. *decis.108. n.13. cum seqq ubi plures alleg. vide supra dec. 2. pag. 44. ubi quæ dixi, huc, & quæ hic, illuc, in supplementum, repetita volo.* Jam verò in casu, quo de agimus, nec ante, nec post torturam, de cõmisso homicidio constitit. Fassus quidem fuit, in tortura accusatus, se quendam, secum pernoctantem, trucidasse, & in fossam horti sui cadaver projecisse; reperta etiam inibi fuerunt, nonnulla ossa, quæ pro ossibus humanis haberi voluerunt, & vulgò habita sunt. At, nõ sufficit confessio, sive in torturæ, sive extra torturam, fuerit facta, nisi plenè & perfectè de delicto prius constet, per tradita, à Maran. *d. part.6. de Spec. tit. de inquisition. n.18.* Hipp. *in prax crim. § posteaquam, n.21.* Zang. *de tortura, c. ult.* Modest. Pistor. *q.117.* Farin. *in prax. crim q.2. n.11.* ubi ait, se nunquam condemnaturum, confitentes hominem se occidisse, atque in mare projecisse, quanquam prope mare habitent, nisi prius constet, interfectum quem esse.

Sanè in fossa indicata, post habitam inquisitionem, inventa, ut dixi, fuerunt ossa, numero septendecim, quæ pro hominum ossi-

 bus,

bus haberi voluerunt, at ex tali ossium paucitate, maximè partium minus principalium, de homine interfecto nõdum constare potuit; *Immò* posteaquam tandem ossa illa anatomicis cognoscenda & dijudicanda transmissa fuerunt, à medicis, Helmstadiensis & Giessensis Academiarum, non humana, sed beluina esse ossa responsum fuit, quorum responsa recensebimus, de causa principali, quando agemus, quippe cum hac vice, & decisione præsenti, de appellatione tantum, Num illi deferri debeat, sermo sit institutus.

Deniq; Nullitate non caruit interlocutoria, à qua appellatum fuit, ut constabit ex refutatione rationis dubitandi ultimæ.

Quapropter, si vel nulla alia admittendæ appellationis subfuisset causa, vel ob solas illas hactenus enumeratas Nullitates, appellatio admittenda fuisset. Nec, quæ pro negativa superius adducebantur, tanti sunt momenti, ut in contrarium nos movere potuerint, uti ex singulorum objectorum refutatione luculenter constabit.

Siquidem, quod *primò* dicebatur, Ne jure quidem civili, in atrocioribus delictis appellationi locum esse, si Reus crimē ipsemet sit confessus, absolute verum nō est, uti patebit, ex singularum, eam ad rem adductarum, legum consideratione.

Et quidem, quod attinet *leg si qua pæna est 244 ff. de verbor signif icat.* de ejus mente & intellectu, variant interpretes. Mihi, allegatum Labeonis responsum eo sensu accipiendum videtur, non, quod velit Jureconsultus, in causis criminalibus, ac sententiis pœnalibus, appellari non posse, sed quod appellari non possit à pœna, quæ delicto à lege fuit imposita, quasi scilicet nimis sit dura ejusmodi pœna, possit autem appellari à mulcta per judicem imposita, *verbigratia*, si furti accusatus, & ad laqueum condemnatus, à pœnæ determinatione appellare conetur, quasi scilicet, durum & inhumanum sit, propter ablationem rerum vilissimarum, vitam alicui auferri, cum nulla inter vitam hominis, & res ablatas sit proportio, utique non audiretur appellare volens; at si forte in certam pecuniæ summam Judex quem condemnet, utique appellatio admittenda foret.

foret. Solutio, patet, ex finalibus oppositæ legis verbis, dum subjicitur, quod pœnæ certæ singulorum peccatorum sint, mulctæ contrà; eò quod ex judicis arbitrio & potestate dependeat quantam dicat. Concordat, quo ad appellationem à mulcta, adeoque solutionem datam confirmat, *leg. 21. C. de appellationib.* ubi Imperatores Gratianus, Valentinianus, & Theodosius Et in mulctis, inquiunt, à judicibus inferendis appellationes jubemus admitti.

Ratio diversitatis est, quia quando lex certam exprimit pœnā, judici observandam, non agit iniquè, nec nostrum est judicare de lege, sed secundum legem; at quando Judex pro suo arbitrio mulctam imponit, arbitrium illud labi, & æquitatem excedere potest.

Alii, quos sequi videtur Wesenbec. *in paratitl. Digestor. de appellationib. recipiend. nu 3* accipiunt *d. leg. 244*, de atrocioribus delictis à reo confessis, quæ statim puniri propter atrocitatem publicè interſit. Quæ interpretatio si admittatur, lex illa, aliàs indefinitè cōcepta, secundum terminos *legis secundæ C. quor appellation. non recip.* secundo loco *allegatæ*, exaudienda, & limitanda foret.

Ut enim constitutio, *dict. leg. 2. C. quor appellation. non recip.* locū habeat, & appellatio denegetur, duo copulativè requiruntur, nimirum, ut quis sit convictus, *(id quod & in d. l 244. de verbor. signific. Labeo requirit)* & insuper etiam, crimen confessus, prout interpretatur Bart. *ibid.* & patet ex verbis legis *ibi* Argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus, non audiatur appellans.

Adhæc, non quævis confessio attenditur, sed quæ sponte fuit facta; Si quis, tormentis coactus, sit confessus, confessio illa confitenti non præjudicat, text. *in d. l. 2. C. quor. appellat. non recip* ubi iidem Imperatores antè dicta explicantes, æquum est, inquiunt, testibus productis, instrumentisque prolatis, aliisque argumentis præstitis, si sententia contra eum lata sit, & ipse qui condemnatus est, aut minimè voce sua confessus sit, aut formidine tormentorum territus, contra se aliquid dixerit, provocandi licentiem ei non denegari.

Rot.dec.16. eſt præſidium innocentiæ, & Theriaca contra venenum judicis, *Bal.in l.un.in fi C ſi de moment.poſſ.appell fuer.* Et ſanè, cũ in cauſis, civilib. ſæpe non magni momenti, ex legũ diſpoſitione, cuivis cõcedatur appellatio, multo magis in cauſis criminalibus, ubi non de glande legenda vel pecore paſcendo, ſed, ut diximus, de ſanguine & vita hominis, re omniũ precioſiſſima, nobiliſſima, agitur, reo cõcedenda, nec temerè adimenda erit. Admitti quidem poſſent, cũ Jul. Clar. *lib.5.ſenten.§ fi q 94 n* 3 Moller. *4.ſemeſt.33.circa fi.* & aliis ibi allegatis, talia ſtatuta & conſuetudines, ſi in locum denegatæ appellationis, alia ſubordinentur, & admittantur remedia, præſidiaq; innocentiæ, quibus ab injuria Rei conſtituantur tuti, cujuſmodi ſunt, ſupplicationes pro Revidendis Actis, Leuterationes, & ejus generis media alia; quibus addo laudabilem Haſſiæ noſtræ conſuetudinem, ubi à Scabinis judiciorum criminalium, ſententiæ quidem, vel ab ipſiſmet, vel ad conſiliũ ſapientum, concipiuntur, at executioni non mandantur, niſi prius ab Adſeſſoribus & conſiliariis Dicaſteriorum approbentur, pro ut Marpurgi & Giſæ inviridi eſt obſervantia; & meritò ubique locorum obſervari deberet.

Deinde, non eſſe generalem, quæ per univerſam Germaniam ſe extendat, cõnſuetudinem, ne in cauſis criminalib, ex ipſis rerum documentis docemur, & praxis forenſis monſtrat; Siquidem, ut taceamus alios Germaniç diſtrictus & territoria, in ditionibus Electorũ & Ducum Saxoniæ, quæ pars ſunt Germaniæ non exigua, conſuetudinem illam non obſervari, ſed, & Leuterationes, quas vocãt, & appellationes in cauſis criminalib. admitti, non minus, ac in civilib. teſtatur Dan. Moller. *lib.4 ſem ſt c.33 nu 1* Et ipſe quoque Wittebergæ, in cauſa accuſationis homicidii Nobilium de M. contra Nobilẽ S. Reum, non tantum Leuterationẽ, ſed & appellationẽ admiſſam, vidi.

Præterea, cum conſuetudo ſit facti, *l. de quib 32.* ibi, nam quid intereſt, ſuffragio populus voluntatem ſuã declaret, An rebus ipſis & factis *ff. de ll.* utique ut aliàs, quæ facti ſunt, probari debent, *per l. adſeveratio 10. C. de non numer. pecun. l.1 l. ſive. 16. C. de probat.* Spec. *de teſtib. § 1. n.95.* Men. *de præſumpt. lib.6. præſump.14. n.1. cum ſeqq.* ita & conſuetu-

 dopro-

do probari debebit, *c.1 de constitutionib. in 6* & ibi Canonistæ, Men. *de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 8 n. 7.* Testantur quidem, de tali consuetudine Germanorũ, Mynsing. & Gailius, locis suprà allegatis; Ast, nõ sufficit illorum testimonium, & convincuntur ipsis rerum documentis, usuq; contrario. Nec, quod dicebatur, Doctori de consuetudine attestanti credi debere, absolutè verum est, ut ex iisdem, pro ea sententia allegatis Autoribus, constat; neque sufficit, verbis de consuetudine testari, sed oportet idoneam ejus causam reddi, & deponi de visu Actus, cujus consuetudo allegatur à Dd. communiter *in l. de quib. 32. de ll.* Denique dicterium illud, quod consuetudo probetur testimonio Doctoris, attestantis, esse consuetudinem, non nisi de consuetudine particulari, certorum locorum, de qua, quis notitiam habere potest, exaudiri poterit, de generali verò, per totum Imperium, vel regnum, quæ sit, non item. Unde, quod nonnulli scribunt, & autumant, jus commune, de appellationibus in causis criminalibus recipienda per consuetudinem Germaniæ abrogatum, & hodie pro non scripto esse, rectè quidem dici potest, de iis tribunalibus & locis, in quibus Germaniæ consuetudinem receptam esse, certum est, at si id dubium sit, & ex parte Accusati negetur, utique Accusator, qui, super consuetudine, intentionẽ suam fundat, eam probare, & quod in illo ipso loco, ubi causa vertitur, ita obtineat, docere, per superius notata, & tradita à Cothm. *respon. 14. n. 15. lib. 1. cons.*

Et *sane*, cum ad exemplum supremi tribunalis, quod est Spiræ Memetum, inferiora tribunalia Appellationem in causis criminalibus, sensim & extensivè respuere cœperint, insuper & appellatio defensionis naturalis sit species *l. 1. de appell. c. cum speciali. § porrò. ext. de appellat.* verisimile non est, per universam Germaniam & singulas ejus provincias, consuetudinem, de non appellando in causis criminalibus, esse receptam, prout & interpretes plerique, quando allegatæ consuetudinis mentionem faciunt, non absolutè de universali quadam Germaniæ consuetudine testantur, sed limitatè scribunt, & referunt moribus judiciorum per Germaniam *quodammodo* receptum esse, ne in causis criminalibus appelletur prout facit Fer-

rat. Montan *de appellationib. lib. 1. c. 5. n. 58.* quem ad hoc allegat Ernest. Cothm. *d respons 16. n. 185.*

Facit, quod Camerales, consuetudine illâ non attentâ, ante Recessum Augustanum, de anno 1530 promulgatum, appellationes receperint, quo ipso significarunt, consuetudinem illam, utpote naturali defensioni contrariam, vel planè non admittendã, vel certè, velut odiosam, strictissimè accipiendam esse, Cothm. *d. cons. 16. n. 22. & 23.* ubi insuper allegat Blanc. *in tr. de compromiss q 4. pr. num. 21.* & Lancell. *De attentatis, tit. de attentat pendente compromisso, par. 2. c. 15. nu. 128.* Adhæc notandum, etiam in illis ipsis locis, ubi consuetudo illa viget, non indiscriminatim ita observari, sed, in eo tantum casu, obtinere, ubi videlicet ex officio contra reũ proceditur, ut plerunq; fit, & is in cõfessione criminis, sive spõte, sive sub fidiculis facta corã tribunali, & quando definitiva sententia publicari debet, perseveret, uti arguitur, & constat ex eo, quod usu apud Germanos sit receptum, ut rei, nisi confessi, morte, nunquam aut certè rarissimè, mulctentur, annotante Moller. *d. c. 33. n. 3. lib. 4 semest.* At verò, si ordinarius institutus sit processus, libellus accusatorius oblatus, Reus litem negativè contestetur, &, probationib. utrinque deductis, post causam conclusam Judex inferior, existimans accusatorem sufficienter intentionem suam probasse, Reum autem in contraria probatione exceptionis suæ defecisse, ad definitivam procedat, reumque condemnet, is verò, interpositâ appellatione, ad superiorem provocet, utiq; appellatio denegari non debebit, nec etiam inditionib. Saxoniæ, aliarumque provinciarũ, denegari solet, teste Moll. *d. c. 33. nu. 5.* qui videndus.

Deniq; juris est certi quod iis etiam casibus, quibus statuto, vel consuetudine, appellatio expresè prohibetur, nihilominus appellare liceat, ad iniquitatem, ex actis Notoriam, (prout in casu præsenti Notoria fuit, actis attestantib. judici appellationis, ex nuda actorum inspectione, ostendendam, & appellationis remedio corrigendã, per trad. ab Ant de But. *in c. inter cæteras, n. 2.* & Abb. *ibid. n. 3. ext. de re judic.* Alexand. *3. cons. 106. nu. 27* Bald. *in l. 1. nu. 4. Cod. si de momentan. possess. appellat. fuer* Natt. *1. cons. 51. nu. 21.* Gram. *deci. 36. n. 78*, Socin. Jun.

*conf.16.n.18.lib.1.*Carcer.*in pract.crim.prin.*Lancel *in tr.de attent.par.2 tit.de attentatis appell penden.c.12.n.57.*quos allegat,& in casu simili lo-quitur Ernest.Cothm.*resp.14.n.83.& resp.16.n.156.lib 1.consilior.*

Et hæc etiam de secunda, Non admittendæ appellationis,ratio-ne dubitandi.

Minoris est importantiæ, quod *tertio* dicebatur,jus illud, de ne admittenda appellatione in causis criminalibus,justis niti rationib. Ne nimirũ provocãdi temeritas,autoritatem & reverentiã judicio-rũ labefactet,& ne delicta maneãt impunita, sontesq; debitis pœni subtrahantur,sed justo subdantur supplicio,indeq; alii,ne cõsimili audeant;deterreantur,sicq; status Reipubl. quietus & tranquillu constituatur, quippe cum salus populi suprema lex esse debeat, & o-mnia jura inde æstimari. Non obstat, *inquam*, siquidem ex adduct rõe,ne provocandi temeritas Autoritatem & reverentiam judicio-rum labefactet,illud primò sequeretur, quod, nec in causis civilib appellationes,sint admittendæ,quod absonum est; deinde,ratio a-ducta facere quidem posset,ut talis constitutio,vel cõsuetudo, (cæ-teris tamen paribus)fieret, at ipsa per se jus non facit,*arg.l.1.de regu. jur.*& per ea,quæ latè disputavimus supra decis secunda.

Plus ponderis habere videtur,*quarta* dubitandi ratio,siquidem consuetudo,de non appellando in causis criminalib.publica Impe-rii lege videtur cõprobata, sicque, ex jure non scripto,scriptũ fact fuisse,prout,eam ad rem adduci solet text.in ordin.Cameræ Imper part.2.c.28 & Recessus Imperii de ann.1530.Augustæ promulgatus At plus infertur ex adductis textibus,quã jura sinunt.Et quidem Ca-meræ ordin. quod attinet, testatur illa duntaxat,de aliqua consue-tudine,quæ sit in Germania,testificanti verò non plus creditur,qui est in veritate; nec proinde,ut quidam volunt, consuetudo illa , pe d.ordin.Cameræ,confirmata censebitur,cum confirmari non pos-sit,nisi id quod revera existit;nec etiam incidenter & superficialiter sed,cum præmonitione & apparatu, leges condi soleant. Insuper quemadmodum tota ordinatio agit de solo processu Cameræ, it quoque dispositio,ibi facta,de illo solo judicio est accipienda, & ra-tion

tionis duntaxat loco adducitur, quod aliàs etiam ita consuetudine in Germania sit receptū; quæ sanè ratio vera est, nam in plerisq; locis, hujusmodi appellationes prohibentur, at nō est generalis & universalis per totam Germaniam; atq; ita etiam dictam ordinationē accepisse, & ad solam Cameram restrinxisse videtur Petr Denaisius, Camer. Imper. quondam Adsessor celeberrimus, in cōpendio juris Came. dū ita latinè vertit, In criminalib. causis, unde pœna corpori impendet, Appellationes, ex vetere instituto, ne admittuntur, attamen, à judiciis immediatè Cameræ subjectis, Nullitatis naturali rationi repugnantis querela ad eā defertor, quà deprehensâ, causa eadem, legitimè procedendi pronunciandiq; gratia, remittitor. Adde in supplementū datæ solutionis ea, q̄ de hoc arg. genere scribit Ern. Coth. *r spons. 14 lib. 1.* Publica. Imp. lex, *inquit n. 9.* ad Imperiale tribunal principaliter pertinet; cum verò juris cōis correctoria sit lex ista, sanè restrictè accipi debet, neq; de loco & tribunali uno ad locum & tribunal aliud, porrigi, *l. jus singulare, de ll.* Francisc. Aret. *cons. 44. nu. 1.* Hipp. Rimin. *cons. 350. n. 7. lib. 3.* Neq; (*pergit d. loc. n. 11.*) obstat, quod lex illa sit principis Rom. constitutio, ideoque latissimè accipi, & interpretatione plenissima adjuvari debeat, *l. pen. de constit pr.* nā id regulariter quidem procedere, & verum esse, at in constitutionibus quantūvis Imperialib. quę novæ sunt, & juris cōis correctoriæ, locum non habere, per text. *in l. sancimus, C. de pœn. l. si quando, in prin. C. de inoffic. testam.* De recessu Imperii, anno 1530. Augustę promulgato, idem judicat & respondet, *cons. 16.* Recessus, inquit, non habet, Appelationes causarum criminalium, inveterata consuetudine sacri Imperii, in quibusvis universæ Germaniæ judiciis, prohiberi, sed, Appellationes in Cam Imper. à causis criminalib. contra receptam S. Rom Imperii consuetudinē introductas in posterum admitti nō debere. Neque obstat (*pergit d. l. c.*) quod de S. Rom. Imperii consuetudine recessus Augustan. generaliter loquatur; nam id, *inquit*, non eo pertinet, ac si Imperator, consuetudinem eam, in omnib. & singulis Germaniæ provinciis, & singulis singulorū judicum curiis, subselliis, & tribunalib. receptam esse profiteatur, sed hoc tantū fine sit, ut intel-

Ll ligamus,

ligamus, quantumvis per universum sacrum Romanum Imperium ad imperiale tribunal appellari soleat ac debeat, non tamen causarum criminalium Appellationes ad Cameram admittantur, consuetudine sacri Romani Imperii impediente. Deniq; in Comitiis, *inquit*, Imperii res, ad totum Imperium pertinentes, tractantur, & de inferiorum judicum tribunalibus, causis ac jurisdictionbus, nihil iis actum censetur, nisi quatenus id nominatim exprimatur, quemadmodum omnes Imperii Recessus probant.

Atque ita etiam abunde factum est satis, quartæ rationi dubitandi, desumpta ex ordinatione Cameræ Imperialis, *part. 2. tit. 28. §. item* nachdem & ex Recessu Imperii Augustæ Vindelicorum, *de anno 1530.* in Comitiis edito.

Quinta dubitandi ratio, ex præcedenti dependet; cum enim, ut dictum, ad Cameram Imperialē causæ criminales, per viam Appellationis devolvi nequeant, per textus adductos, idq; in viridi sit observantia, Mynsingero & Gailio testibus, & verò in Recessu Deputationis, *de anno 1600.* § Dieweil aber 17. aperte sit provisum, quod inferiora judicia ad modum & formam judicii Cameralis reformari, ac secundum stylum & consuetudinem Cameræ, ordinari ac conformari debeant, inde inferunt, nec in aliis Appellationū judiciis, causas criminales, earumque Appellationes recipi posse.

At neganda est consequentia; alioquin enim, & hoc sequeretur, quod, cum causæ matrimoniales ad Cameram devolvi nequeant, nec etiam in aliis judiciis inferioribus, maximè Appellationū, recipi debeant; *quod absurdum.* Deinde respondendum, in dicto Deputationis Recessu hoc tantum pręcipi, ut inferiora judicia, quoad ejus fieri potest, juxta stylum & consuetudinem Cameræ ordinentur, &, quoad processum, Camerali judicio conformia reddantur. Adhæc, non omnia, quæ sunt de processu Cameræ, ad inferiorum judicum tribunalia statim porrigi, iisq; adaptari possunt, cum multa singularia in supremo isto judicio observentur, quæ in inferioribus curiis non obtinent, nec etiam obtinere possunt, è quorum numero etiam est receptus Cameræ stylus, De non admittenda, appella-

pellatione in causis criminalibus; cum enim jus illud, De non appellando in causis criminalibus, valde sit durum & rigidum, ac propter certas, specialesq; causas, maximè propter diuturnitatem litium, in Camera ita sit receptũ, & lege Imperii confirmatur; utiq; interpretatione temperandum potius, & coangustandum, quam ampliandum erit, *c. odia. de reg. iur. in 6.* pro ut & ipsi Camerales, juris illius duritie & inhumanitate attentâ, ante Recessum Augustanum, Appellationes in causis criminalibus admiserunt.

Ad *sextam* dubitandi rationem facilis est responsio, præterquam enim quod statuta (cujusmodi etiam sunt jura Saxonica) extra territorium statuentium se non extendant, *arg. l. ult. ff. de iurisdict. omn. iudic.* & per ea quæ tradit Geil *observat. practicar. lib. 1. c. 36. per totum, & lib. 2. observ. 124. n. 4. cum seqq.* Mynsinger. *4. observ. 82. & 5. obs. 19.* Appellationes in causis criminalibus, de jure Saxonico non prohiberi, contra Autores supra allegatos, tenet ac tradit, Moller. *4. semestr. 33.* respondens ad textum *articuli 12. lib. 2.* Landrechts/ quod nominatim, & in specie, loquatur de eo, qui in flagranti crimine deprehensus & in judicium protractus, factum negare, etsi velit, non potest; qui casus cum sic specialis, extra terminos de quibus loquitur extendi, & pro jure regulari, haberi nequit, *per vulgat.*

Non major est difficultas, circa septimam dubitandi rationem. In loco, in quo casus noster contigit, inauditũ esse asserebatur, ut in criminibus judicii publici appelletur, nec posse dari exemplum, ubi tale quod tentatum, vel Appellatio recepta fuerit. Ideoq; cum per desuetudinẽ etiam jura civilia tolli & abrogari queant, Autore Juliano, in *l. 32. ff. de legib.* appellationi deferendum non esse, inferebatur. *At* respondendum non propterea legem statim pro abrogata haberi, quod in usum non venerit, nec in facti contingentia aliquando, ut Interpretes loquuntur, practicata fuerit, sed necesse est, ut contra legẽ latam, per actus contrarios, actum sit, monente Geilio *observation. practicar. lib. 2. cap. 60. n. 4.* ubi, lex nova, inquit, nunquam tollitur per non usum, sed per usum contrarium novæ legi, proinde si casus novæ legis non evenerit, ex diuturnitate temporis,

num constituta, tollantur, uti circa septimam dubitandi rationem videbimus, & ad oculũ factę illationis infirmitatẽ demonstrabimus.

Tertiò non parum movebat, Nullitatis consideratio. Nullitatis, in judicio causarum criminalium commissæ querelam, tum in Camera Imper. tum etiam aliis in judiciis admitti, sive in processu, sive in ipsa sententia, Nullitas sit commissa, constat ex ordin. Cameræ Imper. *par. 2. tit. 28.* docent præjudicia Cameræ, & notant Mynsin. *observ. pract. centur. 4 observ. 42.* Fichar. *cons 123. n. 2. lib. 2.*

Et quidem, ope appellationis Nullitatem in Camera Imperiali, aliisq; judiciis proponi posse, scribit Fichar. *d loc.* Immò utilius & consultius esse putant practici, Appellationis remedio Nullitatem introducere, monentque Advocatos, ut à sententia quantumvis Nulla, semper appellent, Raph Cuman. *cons. 44. n. 5* Jacob Henrichman. *cons. 31. n. 11. lib. 3.* quos refert, & in simili sequitur Ernest Cothman. *respons. 14. n. 60. cum seq lib. 1 consiliorum.* Jam verò, circa causam præsentem, plures unâ Nullitates commissas fuisse, ex Actis constabat luculenter.

Et *primò* quidem, quoad Torturæ Decretum nimis festinanter processum fuit. Juris est certi & indubitati, Reum torquendũ non esse, nec ad torturam perveniendum, nisi adsint inditia imputati criminis urgentissima, ita ut sola confessio Reorum deesse videatur *l. 1. in princip. §. 4 §. 17. de quæstionib.* concord. *l. 10 § 3 l. 18 §. in ea causa, l. ultim. eod. l. 3. in princip. l 8. §. 1. Cod. eod. l sicut 17. Cod. ad l Cornel. de fals,* concord. de jure Canonic. *c. 6. extr de reg. jur.* ubi Gregorius Pontifex in ipso causæ initio, inquit, non est à quæstionibus inchoandum. Concordat &, constitutio criminalis Caroli Quinti *artic. 6 in princ.* cujus verba hæc sunt.

So jemand einer Ubelthat durch gemeinen Leumuth berüchtiget/ oder ander glaubwürdiger Anzeigung verdacht vnd argwöhnig / vnd derhalben durch die Obrigkeit von Ampts halben angenommen wurde / der sol doch mit peinlicher Frage nicht angegrieffen werden/ es sey denn zuvor redtlich vnd derhalben gnugsame Anzeigung vnd Vermuthung/ von wegen derselben Missethat auff jhn glaubwirdig gemachet.

Idem

Idem ab eodem Imperatore Carolo Quinto repetitur *artic. 20. dictæ ordinationis criminalis* hisce verbis: Wo nicht zuvor redliche Anzeigung der Missethat/darnach man fragen wolt/vorhanden vnd beweist würde/sol niemands gefragt werden/vnd ob auch gleichwol auß der Marter die Missethat bekandt würde/ so soll doch der nicht geglaubt/ noch jemands darauff verurtheilt werden.

Wo auch einige Obrigkeit oder Richter/in solchem vberführen/sollen die/dem also wider Recht/ohn die beweesene Anzeigung/gemartert were/seiner Schmach/ Schmertzen/Kosten vnd Schaden der Gebür ergetzung zuthun/schuldig seyn.

Accedit gloss *in l. si quis 3. Codic. ad leg. Jul. Majestat.* Dd. *in l. 1. §. 1 de quæstionibus*, Clarus *libr. 5 sentent. § fin. quæst. 45 numer. 6.* Idem *quæst. 64. num 9. & num 13.* Gomez *lib 3. resolution. cap. 13.* Hyppolit. de Marsil. *in practic criminal § constante, num. 1. & seq* Decian. *in tractat: crimin lib 7. cap 47.* Bocer. *decis. 163. num, 2* Zanger. *in tractat. de tortur. cap 1. num. 13. 15. & cap. 2. in princip & num. 4.* Bocer. *in tractatu de quæstionib & tortura reor. cap. 3. num. 8.* Moller. *2. semest. 25.* Ex quibus ita deductis, evidenter constat, à tortura non esse incipiendum, ad torturam non deveniendum, nisi inditia ad torturam sufficientia, præcedant, nec aliter quam sub tormentis interrogari, debere, quàm si inditia criminis extent talia, ut sola Reorum confessio deesse videatur. Atqui in nostro casu, nullis præcedentibus inditiis, commissi homicidii, aut certi alicujus delicti, Reus torturæ subjectus; fuit quod enim attinet scortationem, & rerum furtivarum emptionem, de quibus, ex confessione facinorosorum quorundam reus arguebatur, confessus fuit, ante, quam ad torturam cōdemnatus fuit, delicta ejusmodi, nec proinde torqueri, sed puniri debuisset.

Sanè, si Reus malæ sit conditionis & famæ solitusque delinquere, quibusdam videtur, etiam aliis inditiis deficientibus, eum esse torquendum, quos refert Marsilius *in practic. criminal. §. diligenter, nu. 99.* & tenet Boss *in pract. crim. tit. de inquisitione, n. 29. & tit. de indit. ante tort. num 65.* At minus considerate, ut videre est, apud Jul. Clar. *lib. 5 sent. §. fin. q. 64.* ubi sententiam illam improbat, quia si, ex eo solo

omnia in ipsum delictum, An constet de eo, inquirere satagat. Es soll ein jeder Richter/inquit Carol. V. d. loc. in diesen grossen Sachen/ vor der peinlichen Frage / so viel müglich vnd nach gestalt vnd gelegenheit einer jeden Sachen/beschehen kan/ sich erkundigen / vnd fleissig nachfragens haben/ob die Missethat darumb er angenommen / berüchtiget vnnd verdacht/auch beschehen sey/ oder nicht. Idem comprobatur exemplo Sacrarum literarum, *Deut.17.v.4.* ubi ob idololatriam accusatus puniri prohibetur, ante quam habita diligenti inquisitione, de delicto certò constet. Unde & in Scabinatus, aliisque collegiis juridicis, quando de jure in causa criminali respondetur, addi solet clausula, Si diligenti habita inquisitione, de delicto certò constet, uti testatur Moller.*3.semest.40* duo referens exempla, ubi Rei, eo non observato, innocentissimè sunt occisi. Adde Bart. *ad l.1.§.24. de SC. Sillan.* Clar.*lib.5.sent.§ fi.q.4.n.1. item q.52.n.7.q.55.n.10.cum seq.q.64.n.3 & q.66.in prin.* Gomez.*lib.3.variar.resolut.c.9.n.1.* Boss.*in pract.crim.tit.1.in prin.* Gram *decis.60.n.19* Maran.*in spec part.6.in princ.titu.de inquisitione n.17.* Hipp.de Marl.*in pract.crim.in prin.n.5.* Ant.Gab.*lib.7.comm opin. conclus.17.* Coler.*decis.108.n.13.cum seqq ubi plures alleg. vide supra dec. 2. pag.44.ubi quæ dixi, huc, & quæ hic, illuc, in supplementum, repetita volo.* Jam verò in casu, quo de agimus, nec ante, nec post torturam, de cõmisso homicidio constitit. Fassus quidem fuit, in tortura accusatus, se quendam, secum pernoctantem, trucidasse, & in fossam horti sui cadaver projecisse; reperta etiam inibi fuerunt, nonnulla ossa, quæ pro ossibus humanis haberi voluerunt, & vulgò habita sunt. At, nõ sufficit confessio, sive in torturæ, sive extra torturam, fuerit facta, nisi plenè & perfectè de delicto prius constet, per tradita, à Maran. *d. part.6.de Spec.tit.de inquisition.n.18.* Hipp.*in prax crim. §.postea quam., n.21.* Zang.*de tortura, c.ult.* Modest. Pistor.*q.117.* Farin.*in prax.crim q.2. n.11.* ubi ait, se nunquam condemnaturum, confitentes hominem se occidisse, atque in mare projecisse, quanquam prope mare habitent, nisi prius constet, interfectum quem esse.

Sanè in fossa indicata, post habitam inquisitionem, inventa, ut dixi, fuerunt ossa, numero septendecim, quæ pro hominum ossi-

bus haberi voluerunt, at ex tali ossium paucitate, maximè partium minus principalium, de homine interfecto nōdum constare potuit; *Immò* posteaquam tandem ossa illa anatomicis cognoscenda & dijudicanda transmissa fuerunt, à medicis, Helmstadiensis & Giessensis Academiarum, non humana, sed beluina esse ossa responsum fuit, quorum responsa recensebimus, de causa principali, quando agemus, quippe cum hac vice, & decisione præsenti, de appellatione tantum, Num illi deferri debeat, sermo sit institutus.

Deniq., Nullitate non caruit interlocutoria, à qua appellatum fuit, ut constabit ex refutatione rationis dubitandi ultimæ.

Quapropter, si vel nulla alia admittendæ appellationis subfuisset causa, vel ob solas illas hactenus enumeratas Nullitates, appellatio admittenda fuisset. Nec, quæ pro negativa superius adducebantur, tanti sunt momenti, ut in contrarium nos movere potuerint, uti ex singulorum objectorum refutatione luculenter constabit.

Siquidem, quod *primò* dicebatur, Ne jure quidem civili, in atrocioribus delictis appellationi locum esse, si Reus crimē ipsemet sit confessus, absolute verum nō est, uti patebit, ex singularum, eam ad rem adductarum, legum consideratione.

Et quidem, quod attinet *leg si qua pœna est 244 ff. de verbor signifcat.* de ejus mente & intellectu, variant interpretes. Mihi, allegatum Labeonis responsum eo sensu accipiendum videtur, non, quod velit Jureconsultus, in causis criminalibus, ac sententiis pœnalibus, appellari non posse, sed quod appellari non possit à pœna, quæ delicto à lege fuit imposita, quasi scilicet nimis sit dura ejusmodi pœna, possit autem appellari à mulcta per judicem imposita, *verbigratia,* si furti accusatus, & ad laqueum condemnatus, à pœnæ determinatione appellare conetur, quasi scilicet, durum & inhumanum sit, propter ablationem rerum vilissimarum, vitam alicui auferri, cum nulla inter vitam hominis, & res ablatas sit proportio, utique non audiretur appellare volens; at si forte in certam pecuniæ summam Judex quem condemnet, utique appellatio admittenda foret.

foret. Solutio, patet, ex finalibus oppositæ legis verbis, dum subjicitur, quod pœnæ certæ singulorum peccatorum sint, mulctæ contrà, eò quod ex judicis arbitrio & potestate dependeat quantam dicat. Concordat, quo ad appellationem à mulcta, adeoque solutionem datam confirmat, *leg. 21. C. de appellationib.* ubi Imperatores Gratianus, Valentinianus, & Theodosius Et in mulctis, inquiunt, à judicibus inferendis appellationes jubemus admitti.

Ratio diversitatis est, quia quando lex certam exprimit pœnã, judici observandam, non agit iniquè, nec nostrum est judicare de lege, sed secundum legem; at quando Judex pro suo arbitrio mulctam imponit, arbitrium illud labi, & æquitatem excedere potest.

Alii, quos sequi videtur Wesenbec. *in paratitl. Digestor. de appellationib. recipiend. nu 3* accipiunt *d. leg. 244.* de atrocioribus delictis à reo confessis, quæ statim puniri propter atrocitatem publicè intersit. Quæ interpretatio si admittatur, lex illa, aliàs indefinitè cõcepta, secundum terminos, *legis secundæ C. quor appellation. non recip.* secundo loco *allegatæ*, exaudienda, & limitanda foret.

Ut enim constitutio, *dict. leg. 2. C. quor appellation. non recip.* locũ habeat, & appellatio denegetur, duo copulativè requiruntur, nimirum, ut quis sit convictus, *(id quod & in d. l 244. de verbor. signific. Labeo requirit)* & insuper etiam, crimen confessus, prout interpretatur Bart. *ibid.* & patet ex verbis legis *ibi* Argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus, non audiatur appellans.

Adhac, non quævis confessio attenditur, sed quæ sponte fuit facta; Si quis, tormentis coactus, sit confessus, confessio illa confitenti non præjudicat, text. *in d. l. 2. C. quor. appellat. non recip* ubi iidem Imperatores antè, dicta explicantes, æquum est, inquiunt, testibus productis, instrumentisque prolatis, aliisque argumentis præstitis, si sententia contra eum lata sit, & ipse qui condemnatus est, aut minimè voce sua confessus sit, aut formidine tormentorum territus, contra se aliquid dixerit, provocandi licentiem ei non denegari.

Rot.dec.16. est præsidium innocentiæ, & Theriaca contra venenum judicis, *Bal.in l.un.in fi C si de moment.poss.appell fuer.* Et sanè, cū in causis, civilib. sæpe non magni momenti, ex legū dispositione, cuivis cō cedatur appellatio, multo magis in causis criminalibus, ubi non de glande legenda vel pecore pascendo, sed, ut diximus, de sanguine & vita hominis, re omniū preciosissima, nobilissima, agitur, reo cōcedenda, nec temerè adimenda erit. Admitti quidem possent, cū Jul. Clar. *lib.5.senten.§ fi q 94.n* 3 Moller. *4.semest.33.circa fi.* & aliis ibi allegatis, talia statuta & consuetudines, si in locum denegatæ appellationis, alia subordinentur, & admittantur remedia, præsidiaq; innocentiæ, quibus ab injuria Rei constituantur tuti, cujusmodi sunt, supplicationes pro Revidendis Actis, Leuterationes, & ejus generis media alia; qaibus addo laudabilem Hassiæ nostræ consuetudinem, ubi à Scabinis judiciorum criminalium, sententiæ quidem, vel ab ipsismet, vel ad consiliū sapientum, concipiuntur, at executioni non mandantur, nisi prius ab Adsessoribus & consiliariis Dicasteriorum approbentur, pro ut Marpurgi & Gisæ in viridi est observantia; & meritò ubique locorum observari deberet.

Deinde, non esse generalem, quæ per universam Germaniam se extendat, consuetudinem, ne in causis criminalib, ex ipsis rerum documentis docemur, & praxis forensis monstrat; Siquidem, ut taceamus alios Germaniç districtus & territoria, in ditionibus Electorū & Ducum Saxoniæ, quæ pars sunt Germaniæ non exigua, consuetudinem illam non observari, sed, & Leuterationes, quas vocāt, & appellationes in causis criminalib. admitti, non minus, ac in civilib. testatur Dan. Moller. *lib.4 sem st c.33 nu 1* Et ipse quoque Wittebergæ, in causa accusationis homicidii Nobilium de M. contra Nobilē S. Reum, non tantum Leuterationē, sed & appellationē admissam, vidi.

Præterea, cum consuetudo sit facti, *l. de quib* 32. ibi, nam quid interest, suffragio populus voluntatem suā declaret, An rebus ipsis & factis *ff. de ll.* utique ut aliàs, quæ facti sunt, probari debent, *per l. adseveratio 10. C de non numer. pecun. l.1 l. sive.16. C. de probat.* Spec. *de testib. § 1.n.95.* Men. *de præsumpt. lib.6. præsump.14.n.1. cum seqq.* ita & consuetu-

nullus, inquisitus, vel accusatus, compareret personaliter, ad se defendendum, sed vel ex officio, vel per hujusmodi excusatorem, faceret testes ad sui defensionem examinari, absque ullo capitis sui periculo, & ita nunquam reus posset examinari, neque torqueri, nec ulla condemnatio fieri; non *obstat*, inquam, illa consideratio, siquidem, eo casu, quod sit, ad privatam ipsius judicis informationem fit, nec publicatio testium peti, poterit, sed in secreto, attestationes habentur, & publicationem petens repellitur, cum, alio fine, & effectu, informatio illa suscipi soleat.

DECISIO VIGESIMAPRIMA.

An & quatenus à sententia in causis criminalibus lata appellare liceat?

NUM à sententia in causis criminalibus lata, ab inferiore ad superiorem judicem provocare liceat, in causa quadam, à judice & Adsessoribus judicii criminalis, quod est W. ad facultatem nostram transmissa, disputatum memini.

Et sanè in casu Actorum transmissorum, appellationi non rectè deferri, dicendum videbatur.

Siquidem (quæ est *prima* sententiæ negativæ ratio) ne jure quidem civili, in atrocioribus delictis, appellationi locum esse, si reus crimen ipsemet sit confessus, constat ex *l. 244. de verbor. signific.* ubi Labeo, Si qua pœna est, *inquit*, mulcta est, si qua mulcta est, pœna est. Paulus, utrumque eorum falsum est, namque harum rerum dissimilitudo, ex hoc quoque apparet, quod de pœna provocatio non est, simulatque enim victus quis est, ejus maleficii, cujus pœna est statuta, statim ea debetur; at mulctæ provocatio est, nec ante debetur, quàm aut non est provocatum, aut provocator victus est, nec aliter, quàm si is dixit, cui dicere liceret.

Cui

Cui adstipulatur *l.2.Cod.quor.appellat.non recip.* ubi Constantius & Constans Imperatores ad Hieroclem conf. Syriæ Cœlest. Observare curabis, inquiunt, ne quis homicidarum, veneficorum, maleficorum adulterorum, itemque eorum, qui manifestam violentiam commiserunt, argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria, vitium, scelusque confessus, audiatur appellans.

Idem in specie de crimine Raptus, & quod in eo provocatio locum non habeat, constitutum legimus, *in l unic C. de rapt. virgin.* ubi Justinianus Imperator, provinciarum Rectoribus, aliisque judicibus, mandat, ut Reos comprehensos, simul ac de crimine constiterit, ultimo supplicio afficiant, nec si appellare velint, ullam eis concedant licentiam.

Idque maximè obtinet, si publicè intersit, damnatum statim puniri, per text. *in l.16. Dig. de appellationib.* ubi Modestinus, constitutiones, inquit, quæ de recipiendis vel non recipiendis appellationibus loquuntur, ut nihil novi fiat, locum non habent in eorum persona, quos damnatos statim puniri, publicè interest, ut sunt, insignes latrones, vel seditionum Comitatores, vel Duces factionum, Marant, *in Specul. part. 6. §. & quando appellatur, numer. 292. cum aliquot seqq.*

Jam verò, in casu proposito, de commisso latrocinio, (in quo, dicta l.16. Appellationem prohibet) agebur, deque eo ex propria accusati confessione constabat, & insuper expedit Reipublic. hoc præsertim depravato seculo, & in tanta delictorum frequentia mora, Reos puniri.

Idque *secundo*, præter jus commune supra relatum omnino velle videtur, consuetudo apud Germanos recepta. Siquidem, per generalem Germaniæ consuetudinem, in causis criminalibus, appellationes non admitti, sed post latam sententiam, statim pro arbitrio judicis, remotâ omni appellatione, executionem fieri vulgo recepta est criminalistarum sententia.

Testantur de illa, quam dixi consuetudine Joachim Mynſ. *centu. 4. observation. 41.* Idem *Responso. 7. nu. 15. decad. prim. & Responso. 59. n. 61. decad.*

decad.sext. Andr.Geil.*lib.1.observat.c.1.num.28.* Idem *de pac.public. libr.1.cap.20.num.36.* Joachim Beust.*in rub.de iureiuran.num 97.* Nec ulla alia probatione indigere videtur, cum sit notoria, juxt. Bald.*in l.mulieribus, num.13.vers. Et ista consuetudo notoria, Cod.ad SC. Velleian.* idem Bald.*in l.si fugitivi, numer.3.C.de serv fugitiv. & in l si cum 2 num.5.Cod. quando provocare non est necess.* Alexand.*in l. unic. C.ut quae desunt advocat, part.* idem *5.consil.14* Bart.*in l.lege Iulia, n.3.de testib.* Matth. Coler. *decis.98.n.15.* Mynsing.*5.observ.96.num.6.&7.* Andr.Geil.*lib.1.observat. cap.36.n.16.* Idem *lib.2.observat.cap.31.num.17.* Et alias etiam, Doctoribus de consuetudine attestantibus fides sit habenda, juxt Bart *in l. de quibus 32.quaest.4.Digest.de legib.* Bald.*ibid.* Cacheran.*decis.141.num.16.* Francisc.Viv.*lib.1.commun.opinion.verb. Doctori Famos.* Gabriel.*libr.1.de probationib.conclus.4.* Capyt *decis.176.n.18.* Laurent.Kirchov.*commun.opinion.centur.2.conclus.45. & conclus.47.* Graff.*commun opin.lib.1. cap 1.quaest.20* Mynsing.*observat.practic.cent.6 observat. 41.num.3.cum seqq.* ubi multos hujus sententiae Autores recenset, eamq; communem & in Camera Imperiali receptam ait.

Posse verò statuto, vel consuetudine induci, ne in causis criminalibus appelletur, tenent Doctores communiter, Didac. Covarruv.*in pract. quaestionib.cap.23.num.6.* Capyt *decis.137.nu.17.* Moller.*libr.4.semestr.cap 33.* Jul.Clar.*in practic.criminal.lib.5.sentent. §. fin. quaestion.94.* ubi ait, valere statutum disponens, quod in causis criminalibus non liceat appellare, eamque opinionem esse communem, nec ab illa in practica recedendum, atque ita in Ducatu Mediolanensi, omnes appellationes ac nullitatis querelas, in causis criminalibus per constitutiones publicas, esse sublatas refert *dict.loc.*

Eodemque modo in Flandria servari nec appellationes in causis criminalibus attendi, etiamsi Reus non sit proprio ore crimen confessus, attestatur Jodoc. Damhouder.*in practic.criminal.cap.149. num.2.* relatus à Clar.*d.quaest.94.num.3.* Et probatur ex eo, quod statutum vel consuetudo possit tollere jus commune *leg.de quibus 32. § fin.de legib.l.fin.de constitutionib.princip. §.sed naturalia, Institut.de iur. natur. gent & civil.l.1.ad l.aquil.c.ult.in fin.de rescript.in 6.c.3.c.ult.in fin. distinct.*

distinct.4. Bald. *in l.1. de legib.* Jas. *in d.l. de quibus.n.69.* Covarruv. *in commentar ad c. Alma mater, de sentent. excommun. in 6. part. 2. in princ. nu. 2.* Geil *1. observ.36.n.1. cum seqq.* Idem *lib.2. observ.31. num.5.*

Nec, *tertio*, jus illud, de non admittenda appellatione in criminalibus, causa introductiva destituitur, sed justis subnixum est rationibus, salutem publicam concernentibus; ne nimirum provocandi temeritas, autoritatem & reverentiam judiciorum labefactet, & ne delicta maneant impunita, sontes debitis pœnis subtrahantur, aliique hoc modo ad patranda flagitia incitentur, aut in malo proposito, vitæque malitia observentur; cum, admissâ appellatione, facile fieri possit, ut lite pendente Accusati vel aufugiant, vel moriantur, sicque debitæ pœnæ subtrahantur; quòd aliis exemplo esse posset, audendi consimilia facinora. Jam verò, Rationē pro lege esse, & ubi rationem habemus bonam Reipubl accommodam, non esse necesse quærere legem, constat ex *c. consuetudo, §. porrò, dist.1.*

Quartò, consuetudo, de non appellando in causis criminalib. publica Imperii lege comprobata, sicque ex jure non scripto, scriptum factum fuisse videtur textus in ordinatione Cameræ Imperialis *part.2.c 28 §. item* nach dem/ ubi habetur, inveteratæ, sacri Romani Imperii, consuetudini repugnare, si appellationes in causis criminalibus admittantur, Concordat Recessus Augustanus de anno 1530. ubi sancitur, quod Appellationes in Camera Imperiali à causis criminalibus, contra receptam, sacri Romani Imperii, consuetudinem, introducta, in posterum admitti non debeant. Quibus constitutionibus, utpote recentioribus, standum, non attento, quid jure civili veteri sit cautum, *l. fin. de constitutionib. princ. l. 1. ad leg. Aquil. l. 1. in prin. ad leg. Facid. l. 1. § si servi 19. de quæstionib.*

Unde *Quintum*, pro rejicienda appellatione fundamentum resultat; Cum enim Judex & Adsessores Cameræ Imperialis prohibeantur processus Appellationum à sententiis, in criminibus publici judicii latis, interpositarum, decernere, *part.2. ordinat. Camer. c.28. §. item* nach dem/ & dict Recessu Imperii *de anno 1530. §. item* als jetzo etliche Zeit hero von peinlichen Sachen; atque ita etiam in Camera Im-

poriali observari soleat, annotante Geilio *libr.1.observation.practic. cap. 1. num.36.* & Mynsingero *centur. 4. observat.41.* utique idem in inferioribus quoq; tribunalibus, & curiis observari debebit, siquidem judicia inferiora ad modum & formam judicii Cameralis reformari ac secundum stylum ac consuetudinem Cameræ ordinari & conformari jubentur, juxt. recessum Deputationis *de anno 1600. §.* dieweil aber.

Confert *sextò*, quod jure etiam Saxonico in criminalibus non concedatur Appellatio, si pœna corporis afflictiva Reo imponenda veniat, uti testatur Coler. *decis.132. num 11.* post Benedict. Reinhard. differentiarum juris civilis ex Saxonici *part.4. differ.19* item *part. 5. different.24.* & Autorem anonymum differentiarum inter jus civile commune & Saxonicum, *differ. 136.* per text. *libr. 2.* Landrecht *art. 12.* ibi Wirdt ein Mann gefangen im Gericht / er kan kein Vrtheil schelten.

Septimò, per desuetudinem etiam jura civilia tolli, & abrogari, constat *ex l. de quibus 32. in fin. de legib* ubi Julianus, rectissimè, inquit, & illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium, per desuetudinem abrogentur, Menoch. *de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 2. n. 1.*

Unde est quod statuta in usum non recepta, pro non scriptis habeantur, nec subditos obligent, prout in facti contingentia aliquando respondimus, & annotant Emanuel Soarez *in thesauro commun. opinion. lit. S. num. 193* Matth. Gribald. *commun. opinion. §. statutum req. 7.* Jam vero in loco ubi casus contigit, vel fando inauditum esse, asserebatur, ut in criminibus judicii publici appelletur, nec posse dari exemplum, ubi tale quid tentatum, vel appellatio recepta fuerit. Quare cum usus & stylus fori pro lege sit *c. ex literis, de constitutionib.* appellationi deferendum non esse.

Denique & illud in casu proposito, quo minus interposita appellatio admittatur obstare videbatur, quod sententia à qua appellatum fuit, non definitiva, sed interlocutoria tantum existat. Siquidem Accausato injuncta fuerat per sententiam, probatio 112. 113. & 114.

& 114. articulorum defensionalium, quæ utique mera est interlocutoria. Atqui à sententia interlocutoria appellari non posse, juris est certi, per text. *in l. 4. de appellationib. recipiend. leg. ante 7. C. quor. appellat. non recip. l. eos qui 6. §. super his, C. de appellationib. c. non solent §. fin. caus. 2. quæst. 2.* Bartol. *in dict. leg. penult. Cod. quor. appellat. non recip.* Guid. Pap. *decis. 75. num. 1.* Maranta *in Speculo part. 6. §. & demum fertur sententia, num. 6.* Idem *d. part. 6. § & quandoq; appellatur. nu. 303.* Geil. *1. observat. 129. in princip.* Idem *1. observat. 130. per totum,* Mynsinger. *centur. 4. observ. 43.*

At his non obstantibus Appellationem in casu proposito rectè interpositam fuisse, & à judice ad quem recipi oporteret, Respondimus.

Const[illegible] *primo*, de jure communi non tantum à civilibus, sed & à [illegible] causis regulariter Appellare licere; Textus est *in l. [illegible] nib.* ubi ad pœnam mortis damnato appellare permittitur; [illegible] licet aliàs à sententia appellare non possit, nisi qui fuit ips[illegible] in lite, si tamen ad mortem quis sit damnatus, alii etiam pro eo appellare licet, sive velit, sive nolit, & sive appellãs necessarius sit, sive extraneus. Non tantum ei, inquit Ulpian. d. loc. qui ad supplicium ducitur provocare permittitur, verum alii quoque nomine ejus, non tantum si ille mandaverit, verum quisquis alius provocare voluerit, neque distinguitur, Utrum necessarius sit, nec ne, credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere; Ergo etsi ipse acquiescit sententiæ, nec quærimus, cujus intersit. Quid ergo, si resistat, qui damnatus est, adversus provocationem? nec velit admitti ejus appellationem perire festinans? adhuc putem, differendum supplicium, *hac Ulpia.* concordat *l. 29. C. eod.* ubi Imperatores Arcadius & Honorius Cæsario præfecto prætorio in hæc verba rescripserunt, Addictos supplicio, & pro criminum immanitate damnatos, nulli per vim vindicare liceat, ac tenere; quib. in causa criminali humanitatis consideratione, si tempora suffragantur, interponendę provocationis copiã non ne-

gamus, ut ibi diligentius examinetur, ubi contra hominis salutem per errorem vel gratiam cognitoris oppressa putatur esse justitia.

In eadem sententiam iidem Imperatores Arcadius & Honorius Theodoro præfecto prætorio rescripserunt; si quis, *inquiunt in l. 30. C. de appellationib.* provocatione interposita suspecti judicis velit evitare sententiam, liberam habeat potestatem, nec timeat cõtumeliam judiciorum, cum & ab ipsa injuria possit facile provocare. Sciant igitur cuncti sibi ab injuriis & suspectis judicibus, & in capitali supplicio, ac fortunarum dispendio, provocationem esse concessam. Extant & aliæ hinc inde, ejusdem tenoris; leges & constitutiones quam plurimæ, quibus ad ultimum supplicium damnatis Appellandi licentia & facultas conceditur, uti videre est, *in l. 1. l. 6. §. 3. l. 13. in princ. C. de appellationib. l. 6. §. fin. C. de episcop. audient. l. 2. C. si penden. appell. mors interven. l. 7. §. 17. cum seq. de interdict. & relegat. l. 2. §. fin. de pœn.* ubi Ulpian. Eum inquit, accipiemus damnatum, qui non provocavit, cæterùm si provocet, nondum damnatus videtur, latè Barth. Cæpola *cautel. 2.* Wesenb *lib. 1. cons. 43. n. 132.* Joh. Fichard. *lib. 1. cons. 36. n. 36.* Bar. *in l. qui ultimo supplicio, de pœn* Felin. *in c. quærenti, ext. de offic. delegat.* Abb. *in c. 2. ext. de judic.* Ernest. Cothman. *lib. 1. responsorum, respons. 14. & respons. 16.* Covarruv. *pract. quæst. c. 23. n. 4. §. sexto est. vers. nam & in criminalib.* Nec est qui dissentiat, & negare audeat, de jure communi in criminalibus causis, atque ac in civilibus, appellare licere.

Cui accedit, quod ratio, propter quam beneficium appellationis fuit inventum, in causis criminalibus maximè obtineat. Rationem introductæ appellationis refert Ulp. *in l. 1. ff. de appellationib.* Appellandi usus, quam sit vetus, inquit, quam frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem judicantiũ, vel imperitiam corrigat; quibus verbis hoc significatum voluit, ratione & sensu communi quemvis doceri, oppressos aut iniquitate, aut inscitia judicis, auxilio superioris magistratus, sublevandos esse, adeoque eum in finem appellationis remedium, quo ad superiorem magistratum causa iterum cognoscenda defertur, inventum fuisse,

ut sen-

ut sententia injustè lata, in melius reformetur, & ne iniquo aliquo judicio, per imperitiam, aut etiam malitiam judicis, jus suum cuiq; eripiatur; quæ ratio, in causis criminalibus maximè obtinet, quippe cum ibi non de glande legenda, vel pecore pascendo, sed de sanguine & vita hominis, re omniũ preciosissima, nobilissima, agatur.

Quod cum ita sit, cum inquam, de jure communi æque in criminalibus ac in civilibus causis appellatio admittatur, nec alia lege vel constitutione posteriori jus illud immutatum reperiatur, utiq; standum erit juri semel constituto *arg. l. præcipimus, Cod. de appellation. l. sancimus, C de testam.* Nec præsumenda est mutatio, aut ex rationibus, sententiis generalissimis, aphorismis & argumentis Topicis, inducẽda, sed clarè & apertè de illa constare & liquere oportet, Francisc. Viv. *lib. 1. commun. opinion. §. statutum, maximè verò hoc in casu*, ubi summa pro lege constituta, contra mutationem ejus militat, *arg. l. placuit 8. C. de judio. l in omnibus 90. l. etsi nihil 143. de reg. jur. cum, similib. vulgo notis*; siquidem appellatio species est Defensionis, & innocentiæ præsidium, ut appellatur ab Innocentio Tertio, *in c. 61. §. porro, extra de appellationib. cui concordat l. 1 ff. eod.* Est Theriaca cõtra venenum judicis Bald. *in l. unic. C. si de momentar. possess. appell.* Cæsar concord. *ibi. in ultima ratione decidendi* Guilh Benedict in repetitione *c. Rainutius, part. 2. verb mortuo testatore, n. 276. extr. de testam.* Moller. *4. semest. 33. n. 5.* Et sanè si ulla juris supra positi necessaria fuisset mutatio, illam utique sine dubio fecisset Imperator Carolus V. in ordinatione criminali, quippe ubi ex professo de judiciis criminalibus, & sententiarum capitalium executionibus agitur; qua de re pluribus agemus infra circa refutationem secundæ Rationis dubitandi.

Et hæc de prima Decidendi ratione.

Secundo, attendebatur, quod ab Appellatis, probatum non fuerit, nec etiã probari potuerit, inveterata consuetudine, usuq; longævo introductum esse, ne à judicio criminali civitatis E, in criminibus publici judicii, à sententiis capitalibus, ad superius Tribunal, appelletur. Quod enim de desuetudine, & intermisso usu Appellandi adferebatur, infirmius est, quam ut inde jura, in salutem homi-

num constituta, tollantur, uti circa septimam dubitandi rationem videbimus, & ad oculū factę illationis infirmitatē demonstrabimus.

Tertiò non parum movebat, Nullitatis consideratio. Nullitatis, in judicio causarum criminalium commissæ querelam, tum in Camera Imper. tum etiam aliis in judiciis admitti, sive in processu, sive in ipsa sententia, Nullitas sit commissa, constat ex ordin. Cameræ Imper. *par. 2. tit. 28.* docent præjudicia Cameræ, & notant Mynsin. *observ. pract. centur. 4 observ. 42.* Fichar. *cons 123. n. 2. lib. 2.*

Et quidem, ope appellationis Nullitatem in Camera Imperiali, aliisq; judiciis proponi posse, scribit Fichar. *d loc.* Immò utilius & consultius esse putant practici, Appellationis remedio Nullitatem introducere, monentque Advocatos, ut à sententia quantumvis Nulla, semper appellent, Raph. Cuman. *cons. 44. n. 5* Jacob Henrichman. *cons. 31. n. 11. lib. 3.* quos refert, & in simili sequitur Ernest Cothman. *respons. 14. n. 60. cum seq lib. 1 consiliorum.* Jam verò, circa causam præsentem, plures unâ Nullitates commissas fuisse, ex Actis constabat luculenter.

Et *primò* quidem, quoad Torturæ Decretum nimis festinanter processum fuit. Juris est certi & indubitati, Reum torquendū non esse, nec ad torturam perveniendum, nisi adsint inditia imputati criminis urgentissima, ita ut sola confessio Reorum deesse videatur *l. 1. in princip. §. 4 §. 17. de quæstionib.* concord. *l. 10 § 3 l. 18 §. in ea causa, l. ultim. eod. l. 3. in princip. l 8. §. 1. Cod. eod. l sicut 17. Cod. ad l Cornel. de fals.* concord. de jure Canonic. *c. 6. extr de reg. jur.* ubi Gregorius Pontifex in ipso causæ initio, inquit, non est à quæstionibus inchoandum. Concordat &, constitutio criminalis Caroli Quinti *artic. 6 in princ.* cujus verba hæc sunt.

So jemand einer Ubelthat durch gemeinen Leumuth berüchtiget/ oder ander glaubwürdiger Anzeigung verdacht und argwöhnig / und derhalben durch die Obrigkeit von Ampts halben angenommen wurde / der sol doch mit peinlicher Frage nicht angegrieffen werden/ es sey denn zuvor redtlich und derhalben gnugsame Anzeigung und Vermuthung/ von wegen derselben Missethat auff ihn glaubwirdig gemachet.

Idem

Idem ab eodem Imperatore Carolo Quinto repetitur *artic. 20. dictæ ordinationis criminalis* hisce verbis: Wo nicht zuvor redliche Anzeigung der Missethat/darnach man fragen wolt/vorhanden vnd beweist würde/sol niemands gefragt werden/vnd ob auch gleichwol auß der Marter die Missethat bekandt würde/so soll doch der nicht geglaubt/noch jemands darauff verurtheilt werden.

Wo auch einige Obrigkeit oder Richter/in solchem vberführen/sollen die/dem alsc wider Recht/ohn die beweesene Anzeigung/gemartert were/seiner Schmach/Schmertzen/Kosten vnd Schaden der Gebür ergetzung zuthun/schuldig seyn.

Accedit gloss. *in l. si quis 3. Codic. ad leg. Jul. Majestat.* Dd. *in l. 1. §. 1 de quæstionibus*, Clarus *libr. 5 sentent. § fin. quæst. 45 numer. 6.* Idem *quæst. 64. num 9. & num 13.* Gomez *lib 3. resolution. cap. 13.* Hyppolit. de Marsil. *in practic criminal §. constante, num. 1. & seq.* Decian. *in tractat: crimin lib 7. cap 47.* Boer. *decis. 163. num. 2* Zanger. *in tractat. de tortur. cap 1. num. 13. 15 & cap. 2. in princip & num. 4.* Bocer. *in tractatu de quæstionib & tortura reor. cap. 3. num. 8.* Moller. *2. semest. 25.* Ex quibus ita deductis, evidenter constat, à tortura non esse incipiendum, ad torturam non deveniendum, nisi inditia ad torturam sufficientia, præcedant, nec aliter quam sub tormentis interrogari, debere, quàm si inditia criminis extent talia, ut sola Reorum confessio deesse videatur. Atqui in nostro casu, nullis præcedentibus inditiis, commissi homicidii, aut certi alicujus delicti, Reus torturæ subjectus; fuit quod enim attinet scortationem, & rerum furtivarum emptionem: de quibus, ex confessione facinorosorum quorundam reus arguebatur, confessus fuit, ante, quam ad torturam cōdemnatus fuit, delicta ejusmodi, nec proinde torqueri, sed puniri debuisset.

Sanè, si Reus malæ sit conditionis & famæ solitusque delinquere, quibusdam videtur, etiam aliis inditiis deficientibus, eum esse torquendum, quos refert Marsilius *in practic. criminal. §. diligenter, nu. 99.* & tenet Boss. *in pract. crim. tit. de inquisitione, n. 29. & tit. de indit. ante tort. num 65.* At minus considerate, ut videre est, apud Jul. Clar. *lib. 5 sent. §. fin. q. 64.* ubi sententiam illam improbat, quia si, ex

eo solo

omnia in ipsum delictum, An constet de eo, inquirere satagat. Es soll ein jeder Richter/inquit Carol. V. d. loc. in diesen grossen Sachen/ vor der peinlichen Frage / so viel müglich vnd nach gestalt vnd gelegenheit einer jeden Sachen/beschehen kan/ sich erkundigen / vnd fleissig nachfragens haben/ob die Missethat darumb er angenommen / berüchtiget vnnd verdacht/auch beschehen sey/ oder nicht. Idem comprobatur exemplo Sacrarum literarum, *Deut.17.v.4.* ubi ob idololatriam accusatus puniri prohibetur, ante quam habita diligenti inquisitione, de delicto certò constet. Unde & in Scabinatus, aliisque collegiis juridicis, quando de jure in causa criminali respondetur, addi solet clausula, Si diligenti habita inquisitione, de delicto certò constet, uti testatur Moller.*3.semest.40* duo referens exempla, ubi Rei, eo non observato, innocentissimè sunt occisi. Adde Bart. *ad l.1.§.24. de SC.Sylan.* Clar.*lib.5.sent.§ fi.q 4.n.1. item q.52.n.7.q.55.n.10.cum seq.q.64.n.3 & q.66.in prin.* Gomez.*lib.3.variar.resolut.c.9.n.1.* Boss.*in pract.crim.tit.1.in prin.* Gram *decis 60.n.19* Maran.*in spec part.6.in princ.titu.de inquisitione n.17.* Hipp.de Marl.*in pract.crim.in prin.n.5.* Ant.Gab.*lib.7.comm opin. conclus.17.* Coler.*decis.108.n.13.cum seqq ubi plures alleg. vide supra dec. 2. pag.44.ubi quæ dixi, huc, & quæ hic, illuc, in supplementum, repetita volo.* Jam verò in casu, quo de agimus, nec ante, nec post torturam de cõmisso homicidio constitit. Fassus quidem fuit, in tortura accusatus, se quendam, secum pernoctantem, trucidasse, & in fossam horti sui cadaver projecisse; reperta etiam inibi fuerunt, nonnulla ossa, quæ pro ossibus humanis haberi voluerunt, & vulgò habita sunt. At, nõ sufficit confessio, sive in torturæ, sive extra torturam, fuerit facta, nisi plenè & perfectè de delicto prius constet, per tradita, à Maranr. *d. part.6.de Spec.tit.de inquisition.n.18.* Hipp.*in prax crim. § postea quam, n.21.* Zang.*de tortura, c.ult.* Modest Pistor.*q.117.* Farin.*in prax.crim q.2. n.11.* ubi ait, se nunquam condemnaturum, confitentes hominem se occidisse, atque in mare projecisse, quanquam prope mare habitent, nisi prius constet, interfectum quem esse.

Sanè in fossa indicata, post habitam inquisitionem, inventa, ut dixi, fuerunt ossa, numero septendecim, quæ pro hominum ossi-

bus haberi voluerunt, at ex tali ossium paucitate, maximè partium minus principalium, de homine interfecto nõdum constare potuit; *Immò* posteaquam tandem ossa illa anatomicis cognoscenda & dijudicanda transmissa fuerunt, à medicis, Helmstadiensis & Giessensis Academiarum, non humana, sed beluina esse ossa responsum fuit, quorum responsa recensebimus, de causa principali, quando agemus, quippe cum hac vice, & decisione præsenti, de appellatione tantum, Num illi deferri debeat, sermo sit institutus.

Deniq;, Nullitate non caruit interlocutoria, à qua appellatum fuit, ut constabit ex refutatione rationis dubitandi ultimæ.

Quapropter, si vel nulla alia admittendæ appellationis subfuisset causa, vel ob solas illas hactenus enumeratas Nullitates, appel, tio admittenda fuisset. Nec, quæ pro negativa superius adducebantur, tanti sunt momenti, ut in contrarium nos movere potuerint, uti ex singulorum objectorum refutatione luculenter constabit.

Siquidem, quod *primò* dicebatur, Ne jure quidem civili, in atrocioribus delictis appellationi locum esse, si Reus crimē ipsemet sit confessus, absolute verum nõ est, uti patebit, ex singularum, eam ad rem adductarum, legum consideratione.

Et quidem, quod attinet *leg si qua pœna est 244 ff de verbor significat.* de ejus mente & intellectu, variant interpretes. Mihi, allegatum Labeonis responsum [illegible]o sensu accipiendum videtur, non, quod velit Jureconsultus, in causis criminalibus, ac sententiis pœnalibus, appellari non posse, sed quod appellari non possit à pœna, quæ delicto à lege fuit imposita, quasi scilicet nimis sit dura ejusmodi pœna, possit autem appellari à mulcta per judicem imposita, *verbi gratia*, si furti accusatus, & ad laqueum condemnatus, à pœnæ determinatione appellare conetur, quasi scilicet, durum & inhumanum sit, propter ablationem rerum vilissimarum, vitam alicui auferri, cum nulla inter vitam hominis, & res ablatas sit proportio, utique non audiretur appellare volens; at si forte in certam pecuniæ summam Judex quem condemnet, utique appellatio admittenda foret.

foret. Solutio, patet, ex finalibus oppositæ legis verbis, dum subjicitur, quod pœnæ certæ singulorum peccatorum sint, mulctæ contrà; cò quod ex judicis arbitrio & potestate dependeat quantam dicat. Concordat, quo ad appellationem à mulcta, adeoque solutionem datam confirmat, *leg. 25. C. de appellationib.* ubi Imperatores Gratianus, Valentinianus, & Theodosius Et in mulctis, inquiunt, à judicibus inferendis appellationes jubemus admitti.

Ratio diversitatis est, quia quando lex certam exprimit pœnã, judici observandam, non agit iniquè, nec nostrum est judicare de lege, sed secundum legem; at quando Judex pro suo arbitrio mulctam imponit, arbitrium illud labi, & æquitatem excedere potest.

Alii, quos sequi videtur Wesenbec. *in paratitl. Digestor. de appellationib. recipiend. nu 3* accipiunt *d. leg. 244.* de atrocioribus delictis à reo confessis, quæ statim puniri propter atrocitatem publicè intersit. Quæ interpretatio si admittatur, lex illa, aliàs indefinitè cõcepta, secundum terminos, *legis secundæ C. quor appellation. non recip.* secundo loco *allegatæ*, exaudienda, & limitanda foret.

Ut enim constitutio, *dict. leg. 2. C. quor appellation. non recip.* locũ habeat, & appellatio denegetur, duo copulativè requiruntur, nimirum, ut quis sit convictus, *(id quod & in d. l 244. de verbor. signific. Labeo requirit)* & insuper etiam, crimen confessus, pro ut interpretatur Bart. *ibid.* & patet ex verbis legis *ibi* Argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus, non audiatur appellans.

Adhæc, non quævis confessio attenditur, sed quæ sponte fuit facta; Si quis, tormentis coactus, sit confessus, confessio illa confitenti non præjudicat, text. *in d. l. 2. C. quor. appellat. non recip* ubi iidem Imperatores antè, dicta explicantes, æquum est, inquiunt, testibus productis, instrumentisque prolatis, aliisque argumentis præstitis, si sententia contra eum lata sit, & ipse qui condemnatus est, aut minimè voce sua confessus sit, aut formidine tormentorum territus, contra se aliquid dixerit, provocandi licentiam ei non denegari.

*Rot.dec.16.*est præsidium innocentiæ, & Theriaca contra venenum judicis, *Bal.in l.un.in fi C si de moment.poss.appell fuer.* Et sanè, cũ in causis, civilib. sæpe non magni momenti, ex legũ dispositione, cuivis cõcedatur appellatio, multo magis in causis criminalibus, ubi non de glande legenda vel pecore pascendo, sed, ut diximus, de sanguine & vita hominis, re omniũ preciosissima, nobilissima, agitur, reo cõcedenda, nec temerè adimenda erit. Admitti quidem possent, cũ Jul. Clar.*lib.5.senten.§ fi q 94.n* 3 Moller.*4.semest.33.circa fi.* & aliis ibi allegatis, talia statuta & consuetudines, si in locum denegatæ appellationis, alia subordinentur, & admittantur remedia, præsidiaq; innocentiæ, quibus ab injuria Rei constituantur tuti, cujusmodi sunt, supplicationes pro Revidendis Actis, Leuterationes, & ejus generis media alia; quibus addo laudabilem Hassiæ nostræ consuetudinem, ubi à Scabinis judiciorum criminalium, sententiæ quidem, vel ab ipsismet, vel ad consiliũ sapientum, concipiuntur, at executioni non mandantur, nisi prius ab Adsessoribus & consiliariis Dicasteriorum approbentur, pro ut Marpurgi & Gisæ inviridi est observantia; & meritò ubique locorum observari deberet.

Deinde, non esse generalem, quæ per universam Germaniam se extendat, consuetudinem, ne in causis criminalib, ex ipsis rerum documentis docemur, & praxis forensis monstrat; Siquidem, ut taceamus alios Germaniȩ districtus & territoria, in ditionibus Electorũ & Ducum Saxoniæ, quæ pars sunt Germaniæ non exigua, consuetudinem illam non observari, sed, & Leuterationes, quas vocãt, & appellationes in causis criminalib. admitti, non minus, ac in civilib. testatur Dan. Moller, *lib.4 sem st c.33 nu 1* Et ipse quoque Wittebergæ, in causa accusationis homicidii Nobilium de M, contra Nobilẽ S. Reum, non tantum Leuterationẽ, sed & appellationẽ admissam, vidi.

Praterea, cum consuetudo sit facti, *l.de quib* 32. ibi, nam quid interest, suffragio populus voluntatem suã declaret, An rebus ipsis & factis *ff.de ll.* utique ut aliàs, quæ facti sunt, probari debent, *per l.adseveratio 10.C.de non numer.pecun l.1 l.sive.16.C.de probat.* Spec. *de testib.§ 1.n.95.* Men. *de præsumpt.lib.6.præsump.14.n.1.cum seqq.* ita & consuetu-

do probari debebit, *c.1 de constitutionib. in 6* & ibi Canonistæ, Men *de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 8 n. 7.* Testantur quidem, de tali consuetudine Germanorū, Mynsing. & Geilius, locis suprà allegatis; Ast, nō sufficit illorum testimonium, & convincuntur ipsis rerum documentis, usuq; contrario. Nec, quod dicebatur, Doctori de consuetudine attestanti credi debere, absolutè verum est, ut ex iisdem, pro ea sententia allegatis Autoribus, constat; neque sufficit, verbis de consuetudine testari, sed oportet idoneam ejus causam reddi, & deponi de visu Actus, cujus consuetudo allegatur à Dd. communiter *in l. de quib 32. de ll.* Denique dicterium illud, quod consuetudo probetur testimonio Doctoris, attestantis, esse consuetudinem, non nisi de consuetudine particulari, certorum locorum, de qua, quis notitiam habere potest, exaudiri poterit, de generali verò, per totum Imperium, vel regnum, quæ sit, non item. Unde, quod nonnulli scribunt, & autumant, jus commune, de appellationibus in causis criminalibus recipienda per consuetudinem Germaniæ abrogatum, & hodie pro non scripto esse, rectè quidem dici potest, de iis tribunalibus & locis, in quibus Germaniæ consuetudinem receptam esse, certum est, at si id dubium sit, & ex parte Accusati negetur, utique Accusator, qui, super consuetudine, intentionē suam fundat, eam probare, & quod in illo ipso loco, ubi causa vertitur, ita obtineat, docere, per superius notata, & tradita à Cothm. *respon. 14. n. 15. lib. 1. cons.*

Et *sane*, cum ad exemplum supremi tribunalis, quod est spiræ Nemetum, inferiora tribunalia Appellationem in causis criminalibus, sensim & extensivè respuere cœperint, insuper & appellatio defensionis naturalis sit species *l. 1. de appell. c. cum speciali. § porrò. ext. de appellat.* verisimile non est, per universam Germaniam & singulas ejus provincias, consuetudinem, de non appellando in causis criminalibus, esse receptam, prout & interpretes plerique, quando allegatæ consuetudinis mentionem faciunt, non absolutè de universali quadam Germaniæ consuetudine testantur, sed limitatè scribunt, & referunt moribus judiciorum per Germaniam *quodammodo* receptum esse, ne in causis criminalibus appelletur: prout facit Ferrar.

rat. Montan *de appellationib. lib. 1. c. 5. n. 58.* quem ad hoc allegat Ernest. Cothm. *d respons 16. n. 185.*

Facit, quod Camerales, consuetudine illâ non attentâ, ante Recessum Augustanum, de anno 1530 promulgatum, appellationes receperint, quo ipso significarunt, consuetudinem illam, utpote naturali defensioni contrariam, vel planè non admittendã, vel certè, velut odiosam, strictissimè accipiendam esse, Cothm. *d. cons. 16. n. 22. & 23.* ubi insuper allegat Blanc. *in tr. de compromiss q 4. pr. num. 21.* & Lancell. *De attentatis, tit. de attentat pendente compromisso, par. 2. c. 15. nu. 128.* Adhæc notandum, etiam in illis ipsis locis, ubi consuetudo illa viget, non indiscriminatim ita observari, sed, in eo tantum casu, obtinere, ubi videlicet ex officio contra reũ proceditur, ut plerunq; fit, & is in cõfessione criminis, sive spõte, sive sub fidiculis facta corã tribunali, & quando definitiva sententia publicari debet, perseveret, uti arguitur, & constat ex eo, quod usu apud Germanos sit receptum, ut rei, nisi confessi, morte, nunquam aut certè rarissimè, mulctentur, annotante Moller. *d. c. 33. n. 3. lib. 4 semest.* At verò, si ordinarius institutus sit processus, libellus accusatorius oblatus, Reus litem negativè contestetur, &, probationib. utrinque deductis, post causam conclusam Judex inferior, existimans accusatorem sufficienter intentionem suam probasse, Reum autem in contraria probatione exceptionis suæ defecisse, ad definitivam procedat, reumque condemnet, is verò, interpositâ appellatione, ad superiorem provocet, utiq; appellatio denegari non debebit, nec etiam in ditionib. Saxoniæ, aliarumque provinciarũ, denegari solet, teste Moll. *d. c. 33. nu. 5.* qui videndus.

Deniq; juris est certi quod iis etiam casibus, quibus statuto, vel consuetudine, appellatio expresè prohibetur, nihilominus appellare liceat, ad iniquitatem, ex actis Notoriam, (pro ut in casu præsenti Notoria fuit, actis attestantib. judici appellationis, ex nuda actorum inspectione, ostendendam, & appellationis remedio corrigendã, per trad. ab Ant de But. *in c. inter cæteras, n. 2.* & Abb. *ibid. n. 3. ext. de re judic.* Alexand. *3. cons. 106. nu. 27* Bald. *in l. 1. nu. 4. Cod. si de momentan. possess. appellat. fuer* Natt. *1. cons. 51. nu. 21.* Gram. *deci. 36. n. 78,* Socin. Jun.

*conf.16.n.18.lib.1.*Carcer.*in pract.crim.prin.*Lancel *in tr.de attent.par.* *tit.de attentatis appell penden.c.12.n.57.*quos allegat,& in casu simili se quitur Ernest.Cothm.*resp.14.n.83.& resp.16.n.156.lib 1.consilior.*

Et hæc etiam de secunda, Non admittendæ appellationis,ratio ne dubitandi.

Minoris est importantiæ. quod *tertio* dicebatur,jus illud, de no admittenda appellatione in causis criminalibus,justis niti rationib Ne nimirũ provocãdi temeritas,autoritatem & reverentiã judicio rũ labefactet,& ne delicta maneãt impunita, sontesq; debitis pœn subtrahantur,sed justo subdantur supplicio,indeq; alii,ne cõsimili audeant;deterreantur,sicq; status Reipubl. quietus & tranquillu constituatur, quippe cum salus populi suprema lex esse debeat, & o mnia jura inde æstimari. Non obstat, *inquam*, siquidem ex adduct rõe,ne provocandi temeritas Autoritatem & reverentiam judicio rum labefactet,illud primò sequeretur, quod, nec in causis civilib appellationes,sint admittendæ,quod absonum est; deinde,ratio a ducta facere quidem posset,ut talis constitutio,vel cõsuetudo, (cæ teris tamen paribus)fieret,at ipsa per se jus non facit,*arg.l.1.de regu iur.*& per ea,quæ latè disputavimus supra decis secunda.

Plus ponderis habere videtur,*quarta* dubitandi ratio,siquidem consuetudo,de non appellando in causis criminalib.publica Impe rii lege videtur cõprobata, sicque, ex jure non scripto,scriptũ fact fuisse,prout,eam ad rem adduci solet text.in ordin.Cameræ Impe part.2.c.28 & Recessus Imperii de ann.1530.Augustæ promulgatu At plus infertur ex adductis textibus,quã jura sinunt.Et quidem C meræ ordin. quod attinet, testatur illa duntaxat,de aliqua consue tudine,quæ sit in Germania,testificanti verò non plus creditur,qu est in veritate; nec proinde,ut quidam volunt, consuetudo illa , pe d.ordin.Cameræ,confirmata censebitur,cum confirmari non po sit,nisi id quod revera existit;nec etiam incidenter & superficialite sed,cum præmonitione & apparatu,leges condi soleant. Insupe quemadmodum tota ordinatio agit de solo processu Cameræ, it quoque dispositio,ibi facta,de illo solo judicio est accipienda, & ra

tion

tionis duntaxat loco adducitur, quod aliàs etiam ita consuetudine in Germania sit receptũ; quæ sanè ratio vera est, nam in plerisq; locis, hujusmodi appellationes prohibentur, at nõ est generalis & universalis per totam Germaniam; atq; ita etiam dictam ordinationẽ accepisse, & ad solam Cameram restrinxisse videtur Petr Denaisius, Camer. Imper. quondam Adsessor celeberrimus, in cõpendio juris Came. dũ ita latinè vertit, In criminalib. causis, unde pœna corpori impendet, Appellationes, ex vetere instituto, ne admittuntur, attamen, à judiciis immediatè Cameræ subjectis, Nullitatis naturali rationi repugnantis querela ad eã defertor, quà deprehensâ, causa eadem, legitimè procedendi pronunciandiq; gratia, remittitor. Adde in supplementũ datæ solutionis ea, q̃ de hoc arg. genere scribit Ern. Coth. *r spons. 14 lib. 1.* Publica. Imp. lex, *inquit n. 9.* ad Imperiale tribunal principaliter pertinet; cum verò juris cõis correctoria sit lex ista, sanè restrictè accipi debet, neq; de loco & tribunali uno ad locum & tribunal aliud, porrigi, *l. ius singulare, de ll.* Francisc. Aret. *cons. 44. nu. 1.* Hipp. Rimin. *cons. 350. n. 7. lib. 3.* Neq; (*pergit d. loc. n. 11.*) obstat, quod lex illa sit principis Rom. constitutio, ideoque latissimè accipi, & interpretatione plenissima adjuvari debeat, *l. pen. de constit pr.* nã id regulariter quidem procedere, & verum esse, at in constitutionibus quantũvis Imperialib. quę novæ sunt, & juris cõis correctoriæ, locum non habere, per text. *in l. sancimus, C. de pœn. l. si quando, in prin. C. de inoffic. testam.* De recessu Imperii, anno 1530. Augustę promulgato, idem judicat & respondet, *cons. 16.* Recessus, inquit, non habet, Appelationes causarum criminalium, inveterata consuetudine sacri Imperii, in quibusvis universæ Germaniæ judiciis, prohiberi, sed, Appellationes in Cam. Imper. à causis criminalib. contra receptam S. Rom. Imperii consuetudinẽ introductas in posterum admitti nõ debere. Neque obstat (*pergit d. l. c.*) quod de S. Rom. Imperii consuetudine recessus Augustan. generaliter loquatur; nam id, *inquit*, non eo pertinet, ac si Imperator, consuetudinem eam, in omnib. & singulis Germaniæ provinciis, & singulis singulorũ judicum curiis, subselliis, & tribunalib. receptam esse profiteatur, sed hoc tantũ fine sit, ut intel-

pellatione in causis criminalibus; cum enim jus illud, De non appellando in causis criminalibus, valde sit durum & rigidum, ac propter certas, specialesq; causas, maximè propter diuturnitatem litium, in Camera ita sit receptũ, & lege Imperii confirmatur; utiq; interpretatione temperandum potius, & coangustandum, quam ampliandum erit, *c odia. de reg iur. in 6.* pro ut & ipsi Camerales, juris illius duritie & inhumanitate attentâ, ante Recessum Augustanum, Appellationes in causis criminalibus admiserunt.

Ad *sextam* dubitandi rationem facilis est responsio, præterquam enim quod statuta (cujusmodi etiam sunt jura Saxonica) extra territorium statuentium se non extendant, *arg. l. ult. ff. de iurisdict. omn. iudic.* & per ea quæ tradit Geil. *observat practicar. lib. 1 c. 36. per totum, & lib. 2. observ. 124 n. 4. cum seqq.* Mynsinger. *4. observ. 82. & 5. obs. 19.* Appellationes in causis criminalibus, de jure Saxonico non prohiberi, contra Autores supra allegatos, tenet ac tradit, Moller. *4 semestr. 33.* respondens ad textum *articuli 12. lib. 2* Landrechts/ quod nominatim, & in specie, loquatur de eo, qui in flagranti crimine deprehensus & in judicium protractus, factum negare, etsi velit, non potest; qui casus cum sic specialis, extra terminos de quibus loquitur extendi, & pro jure regulari, haberi nequit, *per vulgat.*

Non major est difficultas, circa septimam dubitandi rationem. In loco, in quo casus noster contigit, inauditũ esse asserebatur, ut in criminibus judicii publici appelletur, nec posse dari exemplum, ubi tale quod tentatum, vel Appellatio recepta fuerit. Ideoq; cum per desuetudinẽ etiam jura civilia tolli & abrogari queant, Autore Juliano, in *l. 32 ff. de legib.* appellationi deferendum non esse, inferebatur. *At* respondendum non propterea legem statim pro abrogata haberi, quod in usum non venerit, nec in facti contingentia aliquando, ut Interpretes loquuntur, practicata fuerit, sed necesse est, ut contra legẽ latam, per actus contrarios, actum sit, monente Geilio *observation. practicar. lib. 2. cap. 60. n. 4.* ubi, lex nova, inquit, nunquam tollitur per non usum, sed per usum contrarium novæ legi, proinde si casus novæ legis non evenerit, ex diuturnitate temporis,

etiam longissimi, nulla inducitur novæ legis mutatio allegãs Alex. *cons.132.n.4.lib.1.* Felin.*in c.1.n.10.ext.de treug.& pace.* Unde, quod Julian *in l.32.ff.de ll.* ait, leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito cõsensu, *per desuetudinem*, abrogari, cum temperamẽto accipi debebit, nec ita exaudiri, quasi scil. si lex non sit in usu, nec casus cõtigerit, in quo usurpata & practicata fuerit, pro abrogata censeri debeat, sed per *desuetudinẽ*, quam Julian. nominat, intelligi debebit cõsuetudo, qua cõtrarium jus sit usurpatum, verus desuetũ interprete Donel. *lib.1 comm. c.10. circ. med.* ubi, ad tollendã legẽ veterem, *inquit*, non sufficit eã non uti, nisi etiam contrario facto populus declaret, eam sibi improbari; vetus lex non tollitur sine scripto, nisi consuetudine, nempe contraria lege, sola a. desuetudo, *i.e.* quod lege non utaris, nec quicqaam amplius contrà facias, non est cõsuetudo, cum consuetudo sit usus; ideoque hoc dicit Julian. adeo consuetudinem pro lege servari, ut etiam leges, nẽpe scriptæ, contraria consuetudine abrogentur, Quam interpretationem repetit *c.12.§.fi.lib.1.* Verba *per desuetudinẽ*, inquit, sic accipe, non si populus tãtum usus non sit (neque n. quicquam abrogandi vim habet, nisi lex, nec quicquam lex in in his, quæ sine scripto valent, nisi consuetudo *d.l.de quib.de ll.§ sine scripto. Inst de iur. nat. gent. & civ.*) Sed contrariam consuetudinẽ, quæ, alio jure utendo, & prioris desuetudinem habuerit, & simul animum, legem priorem desuescere volentis, indicarit: *ita Don. d. loc.*

Deniq;, quod attinet ultimam dubitandi rationẽ, quâ dicebatur, quod sententia à qua, in casu proposito, appellabatur, non definitiva, sed interlocutoria appellari non possit; *Respondendũ* primo, Regulam, quæ habet, At interlocutoria sententia appellari non posse, limitari ac distingui, si nimirum interlocutoria, à qua appellatur, vim habeat definitivæ, si subsit gravamen, quod in appellatione à sentẽtia definitiva reparari postea non possit, vel si contineat damnum irreparabile, tex. in ordin. Cameræ Imper. *par.2 tit.28 §. ult.* Denais. *in compend. juris Camer. lit. A. tit. Appell. à sentent. interlocut. n.1* Gail. *1. obser. 132. n.2 & 4.* Exemple in foro quotidie occurrunt; quib. adde exemplum, quod habetur apud Johann. Meichsner. *decis. Camer. lib.1. decis.*

14. *in*

14.*in prin. Voti Referentis.* Evidens ejus rei exemplum est, si Judex per sententiam alicui torturam decernat, cujusmodi sententia, cũ contineat damnum irreparabile, membrorum nimirum distortionem, & læsionem tum corporis tum animi, ab ea, utcunque sit interlocutoriè, licitè appellari poterit, tex. *in l 2. ff. de appell recipien.* ubi Scævolæ, ante sententiam, inquit, appellari potest, si quæstionem, in civili negotio, habendam Judex interlocutus sit, vel in criminali, si contra leges hoc faciat, Bart. *ad d. l. 2. n 14.* Bal. *in l. 2. C. de episc audient.* Maran *in specul. §. & quandoq; appellatur, n. 318.* Gomez *lib. 3. resolut. c. 13. nu. 22.* Guid. Pap *in decision. tit. de appellat. ab interloc q. 75. n. 2.* Brun. *in tr. de indit. ad torturam q. 5. par 2. n. 14* Hipp. de Marsi. *in pract. crim. §. nunc videndum, n 2* Zanger *de qq. & tort. c. 4. n. 3* Farin. *in prax. crim. lib. 1. qu. 38.* Wesenb. *in paratit. Digest de appellat. recipiendis, n. 8.*

Imò, de Jure Canonico, à quolibet gravamine appellari posse, vulgo recepta est sententia, & constitutum habemus, *in c. 1. c. 3. de appell. in sext. c. appellantis, de appellat. lib. 2. clementinarum, tit.* 12.

Jam verò, sententiam, causæ præsentis, quod attinet, continebat illa damnum irreparabile, habebatq; vim definitivæ. Etsi enim probatio tantum nonnullorum Articulorum Defensionalium, accusato fuerit injuncta, quia tamen defensionis vis, non in iis tantũ, quarum probatio injuncta fuit, articulis, continebatur, sed & in aliis à judice præteritis, utique non leve subfuit gravamen, appellationis remedio emendandum; deinde, si in probatione articulorum, quorum probatio injungebatur, forte defecisset accusatus, pro ut facile fieri potuisset, Torturæ repetitio jamdum deliberata, & ad cõsilium sapientum, eventualiter decreta fuit; Quod si nunc ad torturam retractus, priorem commissi homicidii repetiisset, & in ea perseverasset, (pro ut sæpe, torti in se mentiri, moriq; , malũt, quam tormenta, maximè repetita adeoque intolerabiliora priorib. sustinere) Definitiva ultimi supplicii, jam ante concepta, & propter Revocationem accusati suspensa, sine dubio subsecuta, & Reus ad Rotam condemnatus fuisset; cum tamen de delicto nondum constiterit, pro ut ante omnia, & prius, quàm, vel ad torturam, vel ad ultimum suppli-

solo, possent judices Reos tormentis subjicere, eo quod alias delinquere soliti sint, haberent nimis latas habenas, quod non est permittendum, propter imperitiam multorum. *Cui* in nostro casu accedit, quod præter delicta, de quibus ultrò confessus erat, non extabat aliud, cujus vel à facinorosis illis insimulatus, vel ex officio incusatus fuerit. *Sane* aufugit ex carcere; fugam autem inditium ad torturam facere, tradunt Jas. *in l. admonendi. n. 169. d. jurejur.* Mascar. *de probationib. vol. 2. conclus. 819. n. 4.* Farin. *lib. 1. prax. crim tit. 5. qu. 48.* Zanger. *de tortura c. 2. n. 34.* Wesenb. *in π. de custod. reor. n. 4* Bocer. *in tract. de qq. & tortur. c. 3. num. 32.* At præterquam quod Theorica illa, *Fugam inditium ad torturam facere*, sit controversa, & à multis reprobetur, (ut videre est, apud Jul. Clar. *lib. 5. senten. § fin. quæst. 21. nu. 18.* Boer. *decis. 215. num. 24. & num. 30.* Menoch. *lib 1. præsumpt 89. num. 36. & num. 45.* Gomez. *libr. 3 resolution. num. 10* Andr. Geil. *lib. 2. observat. practic. cap 109. num. 7.* Mynsing. *observat. practic. cent. 6. observ 98.*) ad nostrum casum non rectè accommodatur; siquidem, etsi Reus, quando aufugit è carcere, videatur fateri delictum, propter quod incarceratus fuit, proindeque & captivus noster criminum, propter quæ incarceratus fuit, Reus censeri queat, maximè, cum eadem ante, quàm fugit, confessus fuerit; inde tamen inditium alterius, alicujus delicti, cujus nomine quis carceri impectus non fuit, sumi nequit, per ea, quæ latè tradit Jul. Clar. *lib. 5. sent. §. fin. q. 21. n. 25.*

Quare, quod ex carcere, Reus noster, aufugit, non ob id factum videri debet, quod sibi fuerit conscius aliorum insuper delictorum, sed quia veritus fuit, ne fortè virgis cæderetur, ob fornicationem ab ipso, quippe uxorato, admissam, & rerum furtivarum emptionem, prout contigerat meretriculis, cum quibus conversatus erat.

Præterea, prius quam Judex contra aliquem procedat, ipsumque accusari, vel torqueri faciat, multoque magis ante, quam eum puniat, certus esse debet, de delicto, An sit commissum, prout communiter ab omnibus traditur, arg *l. 1 §. 24. ff. ad SC. Syllan.* cui novissimè accessit constitutio Carolino, de publicis judiciis, *art. 6.* ubi cõmuni illa interpretum opinio cõprobatur, & sancitur, ut Judex ante

omnia

omnia in ipsum delictum, An constet de eo, inquirere satagat. Es soll ein jeder Richter/ inquit Carol. V. d. loc. in diesen grossen Sachen/ vor der peinlichen Frage / so viel müglich vnd nach gestalt vnd gelegenheit einer jeden Sachen/ beschehen kan/ sich erkundigen / vnd fleissig nachfragens haben/ ob die Missethat darumb er angenommen / berüchtiget vnnd verdacht/ auch beschehen sey/ oder nicht. Idem comprobatur exemplo Sacrarum literarum, *Deut.17.v.4.* ubi ob idololatriam accusatus puniri prohibetur, ante quam habita diligenti inquisitione, de delicto certò constet. Unde & in Scabinatus, aliisque collegiis juridicis, quando de jure in causa criminali respondetur, addi solet clausula, Si diligenti habita inquisitione, de delicto certò constet, uti testatur Moller. *3. semest. 40* duo referens exempla, ubi Rei, eo non observato, innocentissimè sunt occisi. Adde Bart. *ad l. 1. §. 24. de SC. Sylan.* Clar. *lib. 5. sent. § fi. q. 4. n. 1. item q. 52. n. 7. q. 55. n. 10. cum seq. q. 64. n. 3 & q. 66. in prin.* Gomez. *lib. 3. variar. resolut. c. 9. n. 1.* Boss. *in pract. crim. tit. 1. in prin.* Gram *decis 60. n. 19* Maran. *in spec part. 6. in princ. titu. de inquisitione n. 17.* Hipp. de Marl. *in pract. crim. in prin. n. 5.* Ant. Gab. *lib. 7. comm. opin. conclus. 17.* Coler. *decis. 108. n. 13. cum seqq ubi plures alleg. vide supra dec. 2. pag. 44. ubi quæ dixi, huc, & quæ hic, illuc, in supplementum, repetita volo.* Jam verò in casu, quo de agimus, nec ante, nec post torturam de cõmisso homicidio constitit. Fassus quidem fuit, in tortura accusatus, se quendam, secum pernoctantem, trucidasse, & in fossam horti sui cadaver projecisse; reperta etiam inibi fuerunt, nonnulla ossa, quæ pro ossibus humanis haberi voluerunt, & vulgò habita sunt. At, nõ sufficit confessio, sive in torturæ, sive extra torturam, fuerit facta, nisi plenè & perfectè de delicto prius constet, per tradita à Maran. *d. part. 6. de Spec. tit. de inquisition. n. 18.* Hipp. *in prax crim. § postea quam, n. 21.* Zang. *de tortura, c. ult.* Modest Pistor. *q. 117.* Farin. *in prax. crim. q. 2. n. 11.* ubi ait, se nunquam condemnaturum, confitentes hominem se occidisse, atque in mare projecisse, quanquam prope mare habitent, nisi prius constet, interfectum quem esse.

Sanè in fossa indicata, post habitam inquisitionem, inventa, ut dixi, fuerunt ossa, numero septendecim, quæ pro hominum ossibus;

bus haberi voluerunt, at ex tali ossium paucitate, maximè partium minus principalium, de homine interfecto nōdum constare potuit; *Immò* posteaquam tandem ossa illa anatomicis cognoscenda & dijudicanda transmissa fuerunt, à medicis, Helmstadiensis & Giessensis Academiarum, non humana, sed beluina esse ossa responsum fuit, quorum responsa recensebimus, de causa principali, quando agemus, quippe cum hac vice, & decisione præsenti, de appellatione tantum, Num illi deferri debeat, sermo sit institutus.

Deniq., Nullitate non caruit interlocutoria, à qua appellatum fuit, ut constabit ex refutatione rationis dubitandi ultimæ.

Quapropter, si vel nulla alia admittendæ appellationis subfuisset causa, vel ob solas illas hactenus enumeratas Nullitates, appellatio admittenda fuisset. Nec, quæ pro negativa superius adducebantur, tanti sunt momenti, ut in contrarium nos movere potuerint, uti ex singulorum objectorum refutatione luculenter constabit.

Siquidem, quod *primò* dicebatur, Ne jure quidem civili, in atrocioribus delictis appellationi locum esse, si Reus crimē ipsemet sit confessus, absolute verum nō est, uti patebit, ex singularum, eam ad rem adductarum, legum consideratione.

Et quidem, quod attinet *leg si qua pœna est 244 ff. de verbor signi-ficat.* de ejus mente & intellectu, variant interpretes. Mihi, allegatum Labeonis responsum [illegible]o sensu accipiendum videtur, non, quod velit Jureconsultus, in causis criminalibus, ac sententiis pœnalibus, appellari non posse, sed quod appellari non possit à pœna, quæ delicto à lege fuit imposita, quasi scilicet nimis sit dura ejusmodi pœna, possit autem appellari à mulcta per judicem imposita, *verbigratia,* si furti accusatus, & ad laqueum condemnatus, à pœnæ determinatione appellare conetur, quasi scilicet, durum & inhumanum sit, propter ablationem rerum vilissimarum, vitam alicui auferri, cum nulla inter vitam hominis, & res ablatas sit proportio, utique non audiretur appellare volens; at si forte in certam pecuniæ summam Judex quem condemnet, utique appellatio admittenda foret.

foret. Solutio, patet, ex finalibus oppositæ legis verbis, dum subjicitur, quod pœnæ certæ singulorum peccatorum sint, mulctæ contrà; eò quod ex judicis arbitrio & potestate dependeat quantam dicat. Concordat, quo ad appellationem à mulcta, adeoque solutionem datam confirmat, *leg. 21. C. de appellationib.* ubi Imperatores Gratianus, Valentinianus, & Theodosius Et in mulctis, inquiunt, à judicibus inferendis appellationes jubemus admitti.

Ratio diversitatis est, quia quando lex certam exprimit pœnã, judici observandam, non agit iniquè, nec nostrum est judicare de lege, sed secundum legem; at quando Judex pro suo arbitrio mulctam imponit, arbitrium illud labi, & æquitatem excedere potest.

Alii, quos sequi videtur Wesenbec. *in paratitl. Digestor. de appellationib. recipiend. nu 3* accipiunt *d. leg. 244.* de atrocioribus delictis à reo confessis, quæ statim puniri propter atrocitatem publicè intersit. Quæ interpretatio si admittatur, lex illa, aliàs indefinitè cõcepta, secundum terminos, *legũ secunda C. quor appellation. non recip.* secundo loco *allegatæ*, exaudienda, & limitanda foret.

Ut enim constitutio, *dict. leg. 2. C. quor appellation. non recip.* locũ habeat, & appellatio denegetur, duo copulativè requiruntur, nimirum, ut quis sit convictus, *(id quod & in d. l 244. de verbor. signific. Labeo requirit)* & insuper etiam, crimen confessus, prout interpretatur Bart. *ibid.* & patet ex verbis legis *ibi* Argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus, non audiatur appellans.

Adhæc, non quævis confessio attenditur, sed quæ sponte fuit facta; Si quis, tormentis coactus, sit confessus, confessio illa confitenti non præjudicat, text. *in d. l. 2. C. quor. appellat. non recip* ubi iidem Imperatores antè, dicta explicantes, æquum est, inquiunt, testibus productis, instrumentisque prolatis, aliisque argumentis præstitis, si sententia contra eum lata sit, & ipse qui condemnatus est, aut minimè voce sua confessus sit, aut formidine tormentorum territus, contra se aliquid dixerit, provocandi licentiem ei non denegari.

Rot.dec.16. est præsidium innocentiæ, & Theriaca contra venenum judicis, *Bal.in l.un.in fi C si de moment.poss.appell fuer.* Et sanè, cũ in causis, civilib. sæpe non magni momenti, ex legũ dispositione, cuivis cõcedatur appellatio, multo magis in causis criminalibus, ubi non de glande legenda vel pecore pascendo, sed, ut diximus, de sanguine & vita hominis, re omniũ preciosissima, nobilissima, agitur, reo cõcedenda, nec temerè adimenda erit. Admitti quidem possent, cũ Jul. Clar.*lib.5.senten.§ fi q 94 n* 3 Moller.*4.semest.33.circa fi.* & aliis ibi allegatis, talia statuta & consuetudines, si in locum denegatæ appellationis, alia subordinentur, & admittantur remedia, præsidiaq; innocentiæ, quibus ab injuria Rei constituantur tuti, cujusmodi sunt, supplicationes pro Revidendis Actis, Leuterationes, & ejus generis media alia; qaibus addo laudabilem Hassiæ nostræ consuetudinem, ubi à Scabinis judiciorum criminalium, sententiæ quidem, vel ab ipsismet, vel ad consiliũ sapientum, concipiuntur, at executioni non mandantur, nisi prius ab Adsessoribus & consiliariis Dicasteriorum approbentur, pro ut Marpurgi & Gisæ inviridi est observantia; & meritò ubique locorum observari deberet.

Deinde, non esse generalem, quæ per universam Germaniam se extendat, cõnsuetudinem, ne in causis criminalib, ex ipsis rerum documentis docemur, & praxis forensis monstrat; Siquidem, ut taceamus alios Germaniç districtus & territoria, in ditionibus Electorũ & Ducum Saxoniæ, quæ pars sunt Germaniæ non exigua, consuetudinem illam non observari, sed, & Leuterationes, quas vocãt, & appellationes in causis criminalib. admitti, non minus, ac in civilib. testatur Dan.Moller, *lib.4 sem st.c.33 nu 1* Et ipse quoque Wittebergæ, in causa accusationis homicidii Nobilium de M. contra Nobilẽ S. Reum, non tantum Leuterationẽ, sed & appellationẽ admissam, vidi.

Præterea, cum consuetudo sit facti, *l.de quib* 32.ibi, nam quid interest, suffragio populus voluntatem suã declaret, An rebus ipsis & factis *ff.de ll.* utique ut alias, quæ facti sunt, probari debent, *per l.adseveratio 10.C.de non numer.pecun.l.1 l.sive.16.C.de probat.* Spec. *de testib.§ 1.n.95.* Men.*de præsumpt.lib.6.præsump.14.n.1.cum seqq.* ita & consuetu-

do probari debebit, *c.1 de constitutionib. in 6* & ibi Canonistæ, Men *de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 8 n. 7.* Testantur quidem, de tali consuetudine Germanorũ. Mynsing. & Gailius, locis suprà allegatis; Ast, nõ sufficit illorum testimonium, & convincuntur ipsis rerum documentis, usuq; contrario Nec, quod dicebatur, Doctori de consuetudine attestanti credi debere, absolutè verum est, ut ex iisdem, pro ea sententia allegatis Autoribus, constat; neque sufficit, verbis de consuetudine testari, sed oportet idoneam ejus causam reddi, & deponi de visu Actus, cujus consuetudo allegatur à Dd. communiter *in l. de quib 32. de ll.* Denique dicterium illud, quod consuetudo probetur testimonio Doctoris, attestantis, esse consuetudinem, non nisi de consuetudine particulari, certorum locorum, de qua, quis notitiam habere potest, exaudiri poterit, de generali verò, per totum Imperium, vel regnum, quæ sit, non item. Unde, quod nonnulli scribunt, & autumant, jus commune, de appellationibus in causis criminalibus recipienda per consuetudinem Germaniæ abrogatum, & hodie pro non scripto esse, rectè quidem dici potest, de iis tribunalibus & locis, in quibus Germaniæ consuetudinem receptam esse, certum est, at si id dubium sit, & ex parte Accusati negetur, utique Accusator, qui, super consuetudine, intentionẽ suam fundat, eam probare, & quod in illo ipso loco, ubi causa vertitur, ita obtineat, docere, per superius notata, & tradita à Cothm. *respon. 14. n. 15. lib. 1. cons.*

Et *sane*, cum ad exemplum supremi tribunalis, quod est spiræ Memetum, inferiora tribunalia Appellationem in causis criminalibus, sensim & extensivè respuere cœperint, insuper & appellatio defensionis naturalis sit species *l. 1. de appell c. cum speciali. § porrò. ext. de appellat* verisimile non est, per universam Germaniam & singulas ejus provincias, consuetudinem, de non appellando in causis criminalibus, esse receptam, prout & interpretes plerique, quando allegatæ consuetudinis mentionem faciunt, non absolutè de universali quadam Germaniæ consuetudine testantur, sed limitatè scribunt, & referunt moribus judiciorum per Germaniam *quodammodo* receptum esse, ne in causis criminalibus appelletur prout facit Ferrar.

rat. Montan *de appellationib. lib. 1. c. 5. n. 58.* quem ad hoc allegat Ernest. Cothm. *d. respons. 16. n. 85.*

Facit, quod Camerales, consuetudine illâ non attentâ, ante Recessum Augustanum, de anno 1530 promulgatum, appellationes receperint, quo ipso significarunt, consuetudinem illam, utpote naturali defensioni contrariam, vel planè non admittendã, vel certè, velut odiosam, strictissimè accipiendam esse, Cothm. *d. cons. 16. n. 22. & 23.* ubi insuper allegat Blanc. *in tr. de compromiss. q. 4. pr. num. 21.* & Lancell. *De attentatis, tit. de attentat pendente compromisso, par. 2. c. 15. nu. 128.* Adhæc notandum, etiam in illis ipsis locis, ubi consuetudo illa viget, non indiscriminatim ita observari, sed, in eo tantum casu, obtinere, ubi videlicet ex officio contra reũ proceditur, ut plerunq; fit, & is in cõfessione criminis, sive spõte, sive sub fidiculis facta corã tribunali, & quando definitiva sententia publicari debet, perseveret, uti arguitur, & constat ex eo, quod usu apud Germanos sit receptum, ut rei, nisi confessi, morte, nunquam aut certè rarissimè, mulctentur, annotante Moller. *d. c. 33. n. 3. lib. 4 semest.* At verò, si ordinarius institutus sit processus, libellus accusatorius oblatus, Reus litem negativè contestetur, &, probationib. utrinque deductis, post causam conclusam Judex inferior, existimans accusatorem sufficienter intentionem suam probasse, Reum autem in contraria probatione exceptionis suæ defecisse, ad definitivam procedat, reumque condemnet, is verò, interpositâ appellatione, ad superiorem provocet, utiq; appellatio denegari non debebit, nec etiam inditionib. Saxoniæ, aliarumque provinciarũ, denegari solet, teste Moll. *d. c. 33. nu. 5.* qui videndus.

Deniq. juris est certi quod iis etiam casibus, quibus statuto, vel consuetudine, appellatio expresè prohibetur, nihilominus appellare liceat, ad iniquitatem, ex actis Notoriam, (pro ut in casu præsenti Notoria fuit, actis attestantib. judici appellationis, ex nuda actorum inspectione, ostendendam, & appellationis remedio corrigendã, per trad. ab Ant de But. *in c. inter cæteras, n. 2.* & Abb. *ibid. n. 3. ext. de re judic.* Alexand. *3. cons. 106. nu. 27* Bald. *in l. 1. nu. 4. Cod. si de momentan. possess. appellat. fuer* Natt. *1. cons. 51. nu. 21.* Gram. *deci. 36. n. 78.* Socin. Jun.

conſ.16.n.18.lib.1. Carcer. *in pract. crim. prin.* Lancel *in tr. de attent. par. 2. tit. de attentatis appell penden. c.12. n.57.* quos allegat, & in caſu ſimili ſequitur Erneſt. Cothm. *reſp. 14. n. 83. & reſp 16. n. 156. lib 1. conſilior.*

Et hæc etiam de ſecunda, Non admittendæ appellationis, ratione dubitandi.

Minoris eſt importantiæ, quod *tertio* dicebatur, jus illud, de nec admittenda appellatione in cauſis criminalibus, juſtis niti rationib. Ne nimirũ provocãdi temeritas, autoritatem & reverentiã judiciorũ labefactet, & ne delicta maneãt impunita, ſonteſq; debitis pœnis ſubtrahantur, ſed juſto ſubdantur ſupplicio, indeq; alii, ne cõſimilia audeant; deterreantur, ſicq; ſtatus Reipubl. quietus & tranquillus conſtituatur, quippe cum ſalus populi ſuprema lex eſſe debeat, & omnia jura inde æſtimari. Non obſtat, *inquam*, ſiquidem ex adducta rõe, ne provocandi temeritas Autoritatem & reverentiam judiciorum labefactet, illud primò ſequeretur, quod, nec in cauſis civilib. appellationes, ſint admittendæ, quod abſonum eſt; deinde, ratio adducta facere quidem poſſet, ut talis conſtitutio, vel cõſuetudo, (cæteris tamen paribus) fieret, at ipſa per ſe jus non facit, *arg. l. 1. de regul. jur.* & per ea, quæ latè diſputavimus ſupra deciſ ſecunda.

Plus ponderis habere videtur, *quarta* dubitandi ratio, ſiquidem conſuetudo, de non appellando in cauſis criminalib. publica Imperii lege videtur cõprobata, ſicque, ex jure non ſcripto, ſcriptũ factũ fuiſſe, prout, eam ad rem adduci ſolet text. in ordin. Cameræ Imper. part. 2. c. 28 & Receſſus Imperii de ann. 1530. Auguſtæ promulgatus. At plus infertur ex adductis textibus, quã jura ſinunt. Et quidem Cameræ ordin. quod attinet, teſtatur illa duntaxat, de aliqua conſuetudine, quæ ſit in Germania, teſtificanti verò non plus creditur, quã eſt in veritate; nec proinde, ut quidam volunt, conſuetudo illa, per d. ordin. Cameræ, confirmata cenſebitur, cum confirmari non poſſit, niſi id quod revera exiſtit; nec etiam incidenter & ſuperficialiter, ſed, cum præmonitione & apparatu, leges condi ſoleant. Inſuper, quemadmodum tota ordinatio agit de ſolo proceſſu Cameræ, ita quoque diſpoſitio, ibi facta, de illo ſolo judicio eſt accipienda, & ra-

tioni

tionis duntaxat loco adducitur, quod aliàs etiam ita consuetudine in Germania sit receptũ; quæ sanè ratio vera est, nam in plerisq; locis, hujusmodi appellationes prohibentur, at nõ est generalis & universalis per totam Germaniam; atq; ita etiam dictam ordinationẽ accepisse, & ad solam Cameram restrinxisse videtur Petr Denaisius, Camer. Imper. quondam Adsessor celeberrimus, in cõpendio juris Came. dũ ita latinè vertit, In criminalib. causis, unde pœna corpori impendet, Appellationes, ex vetere instituto, ne admittuntur, attamen, à judiciis immediatè Cameræ subjectis, Nullitatis naturali rationi repugnantis querela ad eã defertor, quà deprehensâ, causa eadem, legitimè procedendi pronunciandiq; gratia, remittitor. Adde in supplementũ datæ solutionis ea, q̃ de hoc arg. genere scribit Ern. Coth. *r sponf. 14 lib. 1.* Publica. Imp. lex, *inquit n. 9.* ad Imperiale tribunal principaliter pertinet; cum verò juris cõis correctoria sit lex ista, sanè restrictè accipi debet, neq; de loco & tribunali uno ad locum & tribunal aliud, porrigi, *l. ius singulare, de ll.* Francisc. Arct. *conf. 44. nu. 1.* Hipp. Rimin. *conf. 350. n. 7. lib. 3.* Neq; (*pergit d. loc. n. 11.*) obstat, quod lex illa sit principis Rom. constitutio, ideoque latissimè accipi, & interpretatione plenissima adjuvari debeat, *l. pen. de constit pr.* nã id regulariter quidem procedere, & verum esse, at in constitutionibus quantũvis Imperialib. quę novæ sunt, & juris cõis correctoriæ, locum non habere, per text. *in l. sancimus, C. de pœn. l. si quando, in prin. C. de inoffic. testam.* De recessu Imperii, anno 1530. Augustę promulgato, idem judicat & respondet, *conf. 16.* Recessus, inquit, non habet, Appelationes causarum criminalium, inveterata consuetudine sacri Imperii, in quibusvis universæ Germaniæ judiciis, prohiberi, sed, Appellationes in Cam Imper. à causis criminalib. contra receptam S. Rom Imperii consuetudinẽ introductas in posterum admitti nõ debere. Neque obstat (*pergit d. l. c.*) quod de S. Rom. Imperii consuetudine recessus Augustan. generaliter loquatur; nam id, *inquit*, non eo pertinet, ac si Imperator, consuetudinem eam, in omnib. & singulis Germaniæ provinciis, & singulis singulorũ judicum curiis, subselliis, & tribunalib. receptam esse profiteatur, sed hoc tantũ fine sit, ut intel-

pellatione in caufis criminalibus; cum enim jus illud, De non appellando in caufis criminalibus, valde fit durum & rigidum, ac propter certas, fpecialesq; caufas, maximè propter diuturnitatem litium, in Camera ita fit receptũ, & lege Imperii confirmatur; utiq; interpretatione temperandum potius, & coanguftandum, quam ampliandum erit, *c odia de reg iur. in 6.* pro ut & ipfi Camerales, juris illius duritie & inhumanitate attentâ, ante Receffum Auguftanum, Appellationes in caufis criminalibus admiferunt.

Ad *fextum* dubitandi rationem facilis eft refponfio, præterquam enim quod ftatuta (cujufmodi etiam funt jura Saxonica) extra territorium ftatuentium fe non extendant, *arg. l. ult. ff de iurifdict. omn. iudic.* & per ea quæ tradit Geil *obfervat practicar. lib. 1 c. 36. per totum, & lib. 2. obferv. 124 n. 4 cum feqq* Mynfinger. *4. obferv. 82. & 5. obf. 19.* Appellationes in caufis criminalibus, de jure Saxonico non prohiberi, contra Autores fupra allegatos, tenet ac tradit, Moller. *4 femeftr. 33.* refpondens ad textum *articuli 12. lib. 2* Landrechts/ quod nominatim, & in fpecie, loquatur de eo qui inflagranti crimine deprehenfus & in judicium protractus, factum negare, etfi velit, non poteft; qui cafus cum fic fpecialis, extra terminos de quibus loquitur extendi, & pro jure regulari, haberi nequit, *per vulgat.*

Non major eft difficultas, circa feptimam dubitandi rationem. In loco, in quo cafus nofter contigit, inauditũ effe afferebatur, ut in criminibus judicii publici appelletur, nec poffe dari exemplum, ubi tale quod tentatum, vel Appellatio recepta fuerit. Ideoq; cum per defuetudinẽ etiam jura civilia tolli & abrogari queant, Autore Juliano, in *l. 32 ff. de legib.* appellationi deferendum non effe, inferebatur. *At* refpondendum non propterea legem ftatim pro abrogata haberi, quod in ufum non venerit, nec in facti contingentia aliquando, ut Interpretes loquuntur, practicata fuerit, fed neceffe eft, ut contra legẽ latam, per actus contrarios, actum fit, monente Geilio *obfervation. practicar. lib. 2. cap. 60. n. 4.* ubi, lex nova, inquit, nunquam tollitur per non ufum, fed per ufum contrarium novæ legi, proinde fi cafus novæ legis non evenerit, ex diuturnitate temporis,

etiam longissimi, nulla inducitur novæ legis mutatio allegãs Alex. *cons.132.n.4.lib.1.* Felin.*in c.1.n.10.ext.de treug.& pace.* Unde, quod Julian *in l.32.ff.de ll.* ait, leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito cõsensu, *per desuetudinem*, abrogari, cum temperamẽto accipi debebit, nec ita exaudiri, quasi scil. si lex non sit in usu, nec casus cõtigerit, in quo usurpata & practicata fuerit, pro abrogata censeri debeat, sed per *desuetudinẽ*, quam Julian. nominat, intelligi debebit cõsuetudo, qua cõtrarium jus sit usurpatum, verus desuetũ interprete Donel. *lib.1 comm.c.10.circ.med.* ubi, ad tollendã legẽ veterem, *inquit*, non sufficit eã non uti, nisi etiam contrario facto populus declaret, eam sibi improbari; vetus lex non tollitur sine scripto, nisi consuetudine, nempe contraria lege, sola a. desuetudo, *i.e.* quod lege non utaris, nec quicqaam amplius contrà facias, non est cõsuetudo, cum consuetudo sit usus; ideoque hoc dicit Julian. adeo consuetudinem pro lege servari, ut etiam leges, nẽpe scriptæ, contraria consuetudine abrogentur, Quam interpretationem repetit *c.12.§.fi.lib.1.* Verba *per desuetudinẽ*, inquit, sic accipe, non si populus tãtum usus non sit (neque n. quicquam abrogandi vim habet, nisi lex, nec quicquam lex in in his, quæ sine scripto valent, nisi consuetudo *d l.de quib.de ll.§ sine scripto.Inst de cur.nat.gent.& civ.*) Sed contrariam consuetudinẽ, quæ, alio jure utendo, & prioris desuetudinem habuerit, & simul animum, legem priorem desuescere volentis, indicarit: *ita Don.d.loc.*

Deniq;, quod attinet ultimam dubitandi rationẽ, quâ dicebatur, quod sententia à qua, in casu proposito, appellabatur, non definitiva, sed interlocutoria appellari non possit; *Respondendũ* primo, Regulam, quæ habet, At interlocutoria sententia appellari non posse, limitari ac distingui, si nimirum interlocutoria, à qua appellatur, vim habeat definitivæ, si subsit gravamen, quod in appellatione à sentẽtia definitiva reparari postea non possit, vel si contineat damnum irreparabile, tex. in ordin. Cameræ Imper. *par.2 tit.28.§.ult.* Denais. *in compend.juris Camer.lit.A.tit.Appell.à sentent.interlocut.n.1.* Gail.*1.obser.132.n.2 & 4.* Exemple in foro quotidie occurrunt; quib. adde exemplum, quod habetur apud Johann. Meichsner. *decis.Camer.lib.1.decis.*

14.*in*

14.*inprin.Voti Referentis.* Evidens ejus rei exemplum est, si Judex per sententiam alicui torturam decernat, cujusmodi sententia, cũ contineat damnum irreparabile, membrorum nimirum distortionem, & læsionem tum corporis tum animi, ab ea, utcunque sit interlocutoriè, licitè appellari poterit, tex. *in l 2.ff.de appell recipien.* ubi Scævolæ, ante sententiam, inquit, appellari potest, si quæstionem, in civili negotio, habendam Judex interlocutus sit, vel in criminali, si contra leges hoc faciat, Bart. *add.l.2.n 14.* Bal. *in l.2.C.de episc audient.* Maran *in specul.§.& quandoq; appellatur, n.318.* Gomez *lib.3.resolut.c.13.nu. 22.* Guid. Pap *in decision.tit.de appellat.ab interloc q.75.n.2.* Brun. *in tr.de indit.ad torturam q.5.par 2.n.14* Hipp. de Marss. *in pract.crim.§.nunc videndum, n 2* Zanger *de qq.& tort.c.4.n.3* Farin *in prax.crim.lib.1.qu.38.* Wesenb. *in paratit.Digest de appellat.recipiendis, n 8.*

Imò, de Jure Canonico, à quolibet gravamine appellari posse, vulgo recepta est sententia, & constitutum habemus, *in c.1.c.3.de appell.in sext.c.appellantis.de appellat.lib.2.clementinarum, tit.*12.

Jam verò, sententiam, causæ præsentis, quod attinet, continebat illa damnum irreparabile, habebatq; vim definitivæ. Etsi enim probatio tantum nonnullorum Articulorum Defensionalium, accusato fuerit injuncta, quia tamen defensionis vis, non in iis tantũ, quarum probatio injuncta fuit, articulis, continebatur, sed & in aliis à judice præteritis, utique non leve subfuit gravamen, appellationis remedio emendandum; deinde, si in probatione articulorum, quorum probatio injungebatur, forte defecisset accusatus, pro ut facile fieri potuisset, Torturæ repetitio jamdum deliberata, & ad cõsilium sapientum, eventualiter decreta fuit; Quod si nunc ad torturam retractus, priorem commissi homicidii repetiisset, & in ea perseverasset, (pro ut sæpe, torti in se mentiri, moriq;, malũt, quam tormenta, maximè repetita adeoque intolerabiliora priorib. sustinere) Definitiva ultimi supplicii, jam ante concepta, & propter Revocationem accusati suspensa, sine dubio subsecuta, & Reus ad Rotam condemnatus fuisset; cum tamen de delicto nondum constiterit, pro ut ante omnia, & prius, quàm, vel ad torturam, vel ad ultimum suppli-

solo, possent judices Reos tormentis subjicere, eo quod alias delinquere soliti sint, haberent nimis latas habenas, quod non est permittendum, propter imperitiam multorum. *Cui* in nostro casu accedit, quod præter delicta, de quibus ultrò confessus erat, non extabat aliud, cujus vel à facinorosis illis insimulatus, vel ex officio incusatus fuerit. *Sane* aufugit ex carcere; fugam autem inditium ad torturam facere, tradunt Jas. *in l. admonendi. n. 169. d. jurejur.* Mascar. *de probationib. vol. 2. conclus. 819. n. 4.* Farin. *lib. 1. prax. crim tit. 5. qu. 48.* Zanger. *de tortura c. 2. n. 34.* Wesenb. *in π. de custod. reor. n. 4* Bocer. *in tract. de qq. & tortur. c. 3. num. 32.* At præterquam quod Theorica illa, *Fugam inditium ad torturam facere,* sit controversa, & à multis reprobetur, (ut videre est, apud Jul. Clar. *lib. 5. senten. § fin. quæst. 21. nu. 18.* Boer. *decis. 215. num. 24. & num. 30.* Menoch. *lib 1. præsumpt 89. num. 36. & num. 45.* Gomez. *libr. 3 resolution. num. 10* Andr. Geil. *lib. 2. observat. practic. cap 109. num. 7.* Mynsing. *observat. practic. cent. 6. observ 98.*) ad nostrum casum non rectè accommodatur; siquidem, etsi Reus, quando aufugit è carcere, videatur fateri delictum, propter quod incarceratus fuit, proindeque & captivus noster criminum, propter quæ incarceratus fuit, Reus censeri queat, maximè, cum eadem ante, quàm fugit, confessus fuerit; inde tamen inditium alterius, alicujus delicti, cujus nomine quis carceri impectus non fuit, sumi nequit, per ea, quæ latè tradit Jul. Clar. *lib. 5. sent. §. fin. q. 21. n. 25.*

Quare, quod ex carcere, Reus noster, aufugit, non ob id factum videri debet, quod sibi fuerit conscius aliorum insuper delictorum, sed quia veritus fuit, ne fortè virgis cæderetur, ob fornicationem ab ipso, quippe uxorato, admissam, & rerum furtivarum emptionem, prout contigerat meretriculis, cum quibus conversatus erat.

Præterea, prius quam Judex contra aliquem procedat, ipsumque accusari, vel torqueri faciat, multoque magis ante, quam eum puniat, certus esse debet, de delicto, An sit commissum, pro ut communiter ab omnibus traditur, arg *l. 1 §. 24. ff. ad SC. Syllan.* cui novissimè accessit constitutio Carolino, de publicis judiciis, *art. 6.* ubi cōmuni illa interpretum opinio cōprobatur, & sancitur, ut Judex ante

omnia

omnia in ipsum delictum, An constet de eo, inquirere satagat. Es soll ein jeder Richter/ inquit Carol. V. d. loc. in diesen grossen Sachen/ vor der peinlichen Frage / so viel müglich vnd nach gestalt vnd gelegenheit einer jeden Sachen/ beschehen kan/ sich erkundigen / vnd fleissig nachfragens haben/ ob die Missethat darumb er angenommen / berüchtiget vnnd verdacht/ auch beschehen sey/ oder nicht. Idem comprobatur exemplo Sacrarum literarum, *Deut. 17. v. 4.* ubi ob idololatriam accusatus puniri prohibetur, ante quam habita diligenti inquisitione, de delicto certò constet. Unde & in Scabinatus, aliisque collegiis juridicis, quando de jure in causa criminali respondetur, addi solet clausula, Si diligenti habita inquisitione, de delicto certò constet, uti testatur Moller. *3. semest. 40* duo referens exempla, ubi Rei, eo non observato, innocentissimè sunt occisi. Adde Bart. *ad l. 1. §. 24. de SC. Syllan.* Clar. *lib. 5. sent. § fi. q. 4. n. 1. item q. 52. n. 7. q. 55. n. 10. cum seq. q. 64. n. 3 & q. 66. in prin.* Gomez. *lib. 3. variar. resolut. c. 9. n. 1.* Boss. *in pract. crim. tit. 1. in prin.* Gram *decis 60. n. 19* Maran. *in spec part. 6. in princ. titu. de inquisitione n. 17.* Hipp. de Marl. *in pract. crim. in prin. n. 5.* Ant. Gab. *lib. 7. comm opin. conclus. 17.* Coler. *decis. 108. n. 13. cum seqq ubi plures alleg. vide supra dec. 2. pag. 44. ubi quæ dixi, huc, & quæ hic, illuc, in supplementum, repetita volo.* Jam verò in casu, quo de agimus, nec ante, nec post torturam, de cõmisso homicidio constitit. Fassus quidem fuit, in tortura accusatus, se quendam, secum pernoctantem, trucidasse, & in fossam horti sui cadaver projecisse; reperta etiam inibi fuerunt, nonnulla ossa, quæ pro ossibus humanis haberi voluerunt, & vulgò habita sunt. At, nõ sufficit confessio, sive in torturæ, sive extra torturam, fuerit facta, nisi plenè & perfectè de delicto prius constet, per tradita à Maran. *d. part. 6. de Spec. tit. de inquisition. n. 18.* Hipp. *in prax crim. § postea quam, n. 21.* Zang. *de tortura, c. ult.* Modest. Pistor. *q. 117.* Farin. *in prax. crim q. 2. n. 11.* ubi ait, se nunquam condemnaturum, confitentes hominem se occidisse, atque in mare projecisse, quanquam prope mare habitent, nisi prius constet, interfectum quem esse.

Sanè in fossa indicata, post habitam inquisitionem, inventa, ut dixi, fuerunt ossa, numero septendecim, quæ pro hominum ossi-

bus haberi voluerunt, at ex tali ossium paucitate, maximè partium minus principalium, de homine interfecto nõdum constare potuit; *Immò* posteaquam tandem ossa illa anatomicis cognoscenda & dijudicanda transmissa fuerunt, à medicis, Helmstadiensis & Giessensis Academiarum, non humana, sed beluina esse ossa responsum fuit, quorum responsa recensebimus, de causa principali, quando agemus, quippe cum hac vice, & decisione præsenti, de appellatione tantum, Num illi deferri debeat, sermo sit institutus.

Deniq;, Nullitate non caruit interlocutoria, à qua appellatum fuit, ut constabit ex refutatione rationis dubitandi ultimæ.

Quapropter, si vel nulla alia admittendæ appellationis subfuisset causa, vel ob solas illas hactenus enumeratas Nullitates, appellatio admittenda fuisset. Nec, quæ pro negativa superius adducebantur, tanti sunt momenti, ut in contrarium nos movere potuerint, uti ex singulorum objectorum refutatione luculenter constabit.

Siquidem, quod *primò* dicebatur, Ne jure quidem civili, in atrocioribus delictis appellationi locum esse, si Reus crimẽ ipsemet sit confessus, absolute verum nõ est, uti patebit, ex singularum, eam ad rem adductarum, legum consideratione.

Et quidem, quod attinet *leg si qua pæna est 244 ff de verbor significat.* de ejus mente & intellectu, variant interpretes. Mihi, allegatum Labeonis responsum [illegible]o sensu accipiendum videtur, non, quod velit Jureconsultus, in causis criminalibus, ac sententiis pœnalibus, appellari non posse, sed quod appellari non possit à pœna, quæ delicto à lege fuit imposita, quasi scilicet nimis sit dura ejusmodi pœna, possit autem appellari à mulcta per judicem imposita, *verbigratia*, si furti accusatus, & ad laqueum condemnatus, à pœnæ determinatione appellare conetur, quasi scilicet, durum & inhumanum sit, propter ablationem rerum vilissimarum, vitam alicui auferri, cum nulla inter vitam hominis, & res ablatas sit proportio, utique non audiretur appellare volens; at si forte in certam pecuniæ summam Judex quem condemnet, utique appellatio admittenda foret.

foret. Solutio, patet, ex finalibus oppositæ legis verbis, dum subjicitur, quod pœnæ certæ singulorum peccatorum sint, mulctæ contrà, eò quod ex judicis arbitrio & potestate dependeat quantam dicat. Concordat, quo ad appellationem à mulcta, adeoque solutionem datam confirmat, *leg.25. C. de appellationib.* ubi Imperatores Gratianus, Valentinianus, & Theodosius Et in mulctis, inquiunt, à judicibus inferendis appellationes jubemus admitti.

Ratio diversitatis est, quia quando lex certam exprimit pœnã, judici observandam, non agit iniquè, nec nostrum est judicare de lege, sed secundum legem; at quando Judex pro suo arbitrio mulctam imponit, arbitrium illud labi, & æquitatem excedere potest.

Alii, quos sequi videtur Wesenbec. *in paratitl. Digestor. de appellationib. recipiend. nu 3* accipiunt *d.leg.244*. de atrocioribus delictis à reo confessis, quæ statim puniri propter atrocitatem publicè intersit. Quæ interpretatio si admittatur, lex illa, aliàs indefinitè cõcepta, secundum terminos, *legis secundæ C. quor appellation. non recip.* secundo loco *allegatæ*, exaudienda, & limitanda foret.

Ut enim constitutio, *dict. leg. 2. C. quor appellation. non recip.* locũ habeat, & appellatio denegetur, duo copulativè requiruntur, nimirum, ut quis sit convictus, *(id quod & in d. l 244. de verbor. signific. Labeo requirit)* & insuper etiam, crimen confessus, pro ut interpretatur Bart. *ibid.* & patet ex verbis legis *ibi* Argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus, non audiatur appellans.

Adhæc, non quævis confessio attenditur, sed quæ sponte fuit facta; Si quis, tormentis coactus, sit confessus, confessio illa confitenti non præjudicat, text. *in d.l.2.C quor. appellat. non recip* ubi iidem Imperatores antè, dicta explicantes, æquum est, inquiunt, testibus productis, instrumentisque prolatis, aliisque argumentis præstitis, si sententia contra eum lata sit, & ipse qui condemnatus est, aut minimè voce sua confessus sit, aut formidine tormentorum territus, contra se aliquid dixerit, provocandi licentiem ei non denegari.

*Rot.dec.16.*est præsidium innocentiæ, & Theriaca contra venenum judicis, *Bal.in l.un.in fi C si de moment.poss.appell fuer.* Et sanè, cũ in causis, civilib. sæpe non magni momenti, ex legũ dispositione, cuivis cõcedatur appellatio, multo magis in causis criminalibus, ubi non de glande legenda vel pecore pascendo, sed, ut diximus, de sanguine & vita hominis, re omniũ preciosissima, nobilissima, agitur, reo cõcedenda, nec temerè adimenda erit. Admitti quidem possent, cũ Jul. Clar.*lib.5.senten.§ fi q 94.n* 3 Moller.*4.semest.33.circa fi.* & aliis ibi allegatis, talia statuta & consuetudines, si in locum denegatæ appellationis, alia subordinentur, & admittantur remedia, præsidiaq; innocentiæ, quibus ab injuria Rei constituantur tuti, cujusmodi sunt, supplicationes pro Revidendis Actis, Leuterationes, & ejus generis media alia; quibus addo laudabilem Hassiæ nostræ consuetudinem, ubi à Scabinis judiciorum criminalium, sententiæ quidem, vel ab ipsismet, vel ad consiliũ sapientum, concipiuntur, at executioni non mandantur, nisi prius ab Adsessoribus & consiliariis Dicasteriorum approbentur, pro ut Marpurgi & Gisæ in viridi est observantia; & meritò ubique locorum observari deberet.

Deinde, non esse generalem, quæ per universam Germaniam se extendat, consuetudinem, ne in causis criminalib, ex ipsis rerum documentis docemur, & praxis forensis monstrat; Siquidem, ut taceamus alios Germaniç districtus & territoria, in ditionibus Electorũ & Ducum Saxoniæ, quæ pars sunt Germaniæ non exigua, consuetudinem illam non observari, sed, & Leuterationes, quas vocãt, & appellationes in causis criminalib. admitti, non minus, ac in civilib. testatur Dan. Moller, *lib.4 sem st.c.33 nu 1* Et ipse quoque Wittebergæ, in causa accusationis homicidii Nobilium de M. contra Nobilẽ S. Reum, non tantum Leuterationẽ, sed & appellationẽ admissam, vidi.

Præterea, cum consuetudo sit facti, *l.de quib.32.*ibi, nam quid interest, suffragio populus voluntatem suã declaret, An rebus ipsis & factis *ff.de ll.* utique ut aliàs, quæ facti sunt, probari debent, *per l.adseveratio 10.C.de non numer.pecun.l.1 l.sive.16.C.de probat.* Spec. *de testib.§ 1.n.95.* Men. *de præsumpt.lib.6.præsump.14.n.1.cum seqq.* ita & consuetu-

 do pro-

do probari debebit, *c.1 de constitutionib. in 6* & ibi Canonistæ, Men. *de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 8 n. 7.* Testantur quidem, de tali consuetudine Germanorũ, Mynsing. & Gailius, locis suprà allegatis; Ast, nõ sufficit illorum testimonium, & convincuntur ipsis rerum documentis, usuq; contrario Nec, quod dicebatur, Doctori de consuetudine attestanti credi debere, absolutè verum est, ut ex iisdem, pro ea sententia allegatis Autoribus, constat; neque sufficit, verbis de consuetudine testari, sed oportet idoneam ejus causam reddi, & deponi de visu Actus, cujus consuetudo allegatur à Dd. communiter *in l. de quib 32. de ll* Denique dicterium illud, quod consuetudo probetur testimonio Doctoris, attestantis, esse consuetudinem, non nisi de consuetudine particulari, certorum locorum, de qua, quis notitiam habere potest, exaudiri poterit, de generali verò, per totum Imperium, vel regnum, quæ sit, non item. Unde, quod nonnulli scribunt, & autumant, jus commune, de appellationibus in causis criminalibus recipienda per consuetudinem Germaniæ abrogatum, & hodie pro non scripto esse, rectè quidem dici potest, de iis tribunalibus & locis, in quibus Germaniæ consuetudinem receptam esse, certum est, at si id dubium sit, & ex parte Accusati negetur, utique Accusator, qui, super consuetudine, intentionẽ suam fundat, eam probare, & quod in illo ipso loco, ubi causa vertitur, ita obtineat, docere, per superius notata, & tradita à Cothm. *respon. 14. n. 15. lib. 1. cons.*

Et *sane*, cum ad exemplum supremi tribunalis, quod est spiræ Nemetum, inferiora tribunalia Appellationem in causis criminalibus, sensim & extensivè respuere cœperint, insuper & appellatio defensionis naturalis sit species *l. 1. de appell c. cum speciali. § porrò. ext. de appellat* verisimile non est, per universam Germaniam & singulas ejus provincias, consuetudinem, de non appellando in causis criminalibus, esse receptam, prout & interpretes plerique, quando allegatæ consuetudinis mentionem faciunt, non absolutè de universali quadam Germaniæ consuetudine testantur, sed limitatè scribunt, & referunt moribus judiciorum per Germaniam *quodammodo* receptum esse, ne in causis criminalibus appelletur prout facit Fer-

rar.

rar. Montan *de appellationib. lib. 1. c. 5. n. 58.* quem ad hoc allegat Ernest. Cothm. *d respons 16. n. 185.*

Facit, quod Camerales, consuetudine illã non attentâ, ante Recessum Augustanum, de anno 1530 promulgatum, appellationes receperint, quo ipso significarunt, consuetudinem illam, utpote naturali defensioni contrariam, vel planè non admittendã, vel certè, velut odiosam, strictissimè accipiendam esse, Cothm. *d. cons. 16. n. 22. & 23.* ubi insuper allegat Blanc. *in tr. de compromiss q. 4. pr. num. 21.* & Lancell. *De attentatis, tit. de attentat pendente compromisso, par. 2. c. 15. nu. 128.* Adhæc notandum, etiam in illis ipsis locis, ubi consuetudo illa viget, non indiscriminatim ita observari, sed, in eo tantum casu, obtinere, ubi videlicet ex officio contra reũ proceditur, ut plerunq; fit, & is in cõfessione criminis, sive spõte, sive sub fidiculis facta corã tribunali, & quando definitiva sententia publicari debet, perseveret, uti arguitur, & constat ex eo, quod usu apud Germanos sit receptum, ut rei, nisi confessi, morte, nunquam aut certè rarissimè, mulctentur, annotante Moller. *d. c. 33. n. 3. lib. 4 semest.* At verò, si ordinarius institutus sit processus, libellus accusatorius oblatus, Reus litem negativè contestetur, &, probationib. utrinque deductis, post causam conclusam Judex inferior, existimans accusatorem sufficienter intentionem suam probasse, Reum autem in contraria probatione exceptionis suæ defecisse, ad definitivam procedat, reumque condemnet, is verò, interpositâ appellatione, ad superiorem provocet, utiq; appellatio denegari non debebit, nec etiam inditionib. Saxoniæ, aliarumque provinciarũ, denegari solet, teste Moll. *d. c. 33. nu. 5.* qui videndus.

Deniq. juris est certi quod iis etiam casibus, quibus statuto, vel consuetudine, appellatio expresse prohibetur, nihilominus appellare liceat, ad iniquitatem, ex actis Notoriam, (pro ut in casu præsenti Notoria fuit, actis attestantib. judici appellationis, ex nuda actorum inspectione, ostendendam, & appellationis remedio corrigendã, per trad. ab Ant de But. *in c. inter cæteras, n. 2.* & Abb. *ibid. n. 3. ext. de re judic.* Alexand. *3. cons. 106. nu. 27* Bald. *in l. 1. nu. 4. Cod. si de momentan. possess. appellat. fuer* Natt. *1. cons. 51. nu. 21.* Gram. *deci. 36. n. 78.* Socin. Jun.

conf.16.n.18.lib.1. Carcer. *in pract. crim. prin.* Lancel *in tr. de attent. par. 2. tit. de attentatis appell penden. c.12.n.57.* quos allegat, & in casu simili sequitur Ernest. Cothm. *resp. 14.n.83. & resp 16.n.156. lib 1 consilior.*

Et hæc etiam de secunda, Non admittendæ appellationis, ratione dubitandi.

Minoris est importantiæ, quod *tertio* dicebatur, jus illud, de nec admittenda appellatione in causis criminalibus, justis niti rationib. Ne nimirũ provocãdi temeritas, autoritatem & reverentiã judiciorũ labefactet, & ne delicta maneãt impunita, sontesq; debitis pœnis subtrahantur, sed justo subdantur supplicio, indeq; alii, ne cõsimilia audeant; deterreantur, sicq; status Reipubl. quietus & tranquillus constituatur, quippe cum salus populi suprema lex esse debeat, & omnia jura inde æstimari. Non obstat, *inquam*, siquidem ex adducta rõe, ne provocandi temeritas Autoritatem & reverentiam judiciorum labefactet, illud primò sequeretur, quod, nec in causis civilib. appellationes, sint admittendæ, quod absonum est; deinde, ratio adducta facere quidem posset, ut talis constitutio, vel cõsuetudo, (cæteris tamen paribus) fieret, at ipsa per se jus non facit, *arg. l.1. de regul. iur.* & per ea, quæ latè disputavimus supra decis. secunda.

Plus ponderis habere videtur, *quarta* dubitandi ratio, siquidem consuetudo, de non appellando in causis criminalib. publica Imperii lege videtur cõprobata, sicque, ex jure non scripto, scriptũ factũ fuisse, prout, eam ad rem adduci solet text. in ordin. Cameræ Imper. part. 2. c. 28 & Recessus Imperii de ann. 1530. Augustæ promulgatus. At plus infertur ex adductis textibus, quã jura sinunt. Et quidem Cameræ ordin. quod attinet, testatur illa duntaxat, de aliqua consuetudine, quæ sit in Germania, testificanti verò non plus creditur, quã est in veritate; nec proinde, ut quidam volunt, consuetudo illa, per d. ordin. Cameræ, confirmata censebitur, cum confirmari non possit, nisi id quod revera existit; nec etiam incidenter & superficialiter, sed, cum præmonitione & apparatu, leges condi soleant. Insuper, quemadmodum tota ordinatio agit de solo processu Cameræ, ita quoque dispositio, ibi facta, de illo solo judicio est accipienda, & rationis

tionis duntaxat loco adducitur, quod aliàs etiam ita consuetudine in Germania sit receptũ; quæ sanè ratio vera est, nam in plerisq; locis, hujusmodi appellationes prohibentur, at nõ est generalis & universalis per totam Germaniam; atq; ita etiam dictam ordinationẽ accepisse, & ad solam Cameram restrinxisse videtur Petr Denaisius, Camer. Imper. quondam Adsessor celeberrimus, in cõpendio juris Came. dũ ita latinè vertit, In criminalib. causis, unde pœna corpori impendet, Appellationes, ex vetere instituto, ne admittuntur, attamen, à judiciis immediatè Cameræ subjectis, Nullitatis naturali rationi repugnantis querela ad eã defertor, quà deprehensâ, causa eadem, legitimè procedendi pronunciandiq; gratia, remittitor. Adde in supplementũ datæ solutionis ea, q̃ de hoc arg. genere scribit Ern. Coth. *r sponf.14 lib.1.* Publica. Imp. lex, *inquit n. 9.* ad Imperiale tribunal principaliter pertinet; cum verò juris cõis correctoria sit lex ista, sanè restrictè accipi debet, neq; de loco & tribunali uno ad locum & tribunal aliud, porrigi, *l.ius singulare, de ll.* Francisc. Aret. *consf.44.nu.1.* Hipp. Rimin. *consf.350.n 7.lib.3.* Neq; (*pergit d.loc.n.11.*) obstat, quod lex illa sit principis Rom. constitutio, ideoque latissimè accipi, & interpretatione plenissima adjuvari debeat, *l.pen. de constit pr.* nã id regulariter quidem procedere, & verum esse, at in constitutionibus quantũvis Imperialib. quę novæ sunt, & juris cõis correctoriæ, locum non habere, per text. *in l. sancimus, C. de pœn. l. si quando, in prin. C. de inoffic. testam.* De recessu Imperii, anno 1530. Augustę promulgato, idem judicat & respondet, *consf.16.* Recessus, inquit, non habet, Appelationes causarum criminalium, inveterata consuetudine sacri Imperii, in quibusvis universæ Germaniæ judiciis, prohiberi, sed, Appellationes in Cam Imper. à causis criminalib. contra receptam S.Rom Imperii consuetudinẽ introductas in posterum admitti nõ debere. Neque obstat (*pergit d l. c.*) quod de S. Rom. Imperii consuetudine recessus Augustan. generaliter loquatur; nam id, *inquit*, non eo pertinet, ac si Imperator, consuetudinem eam, in omnib. & singulis Germaniæ provinciis, & singulis singulorũ judicum curiis, subselliis, & tribunalib. receptam esse profiteatur, sed hoc tantũ fine sit, ut intel-

pellatione in causis criminalibus; cum enim jus illud, De non appellando in causis criminalibus, valde sit durum & rigidum, ac propter certas, specialesq; causas, maximè propter diuturnitatem litium, in Camera ita sit receptũ, & lege Imperii confirmatur; utiq; interpretatione temperandum potius, & coangustandum, quam ampliandum erit, *c odia. de reg iur. in 6.* pro ut & ipsi Camerales, juris illius duritie & inhumanitate attentâ, ante Recessum Augustanum, Appellationes in causis criminalibus admiserunt.

Ad *sextum* dubitandi rationem facilis est responsio, præterquam enim quod statuta (cujusmodi etiam sunt jura Saxonica) extra territorium statuentium se non extendant, *arg. l. ult ff. de iurisdict. omn. iudic.* & per ea quæ tradit Geil *observat practicar. lib. 1 c. 36. per totum, & lib. 2. observ. 124 n. 4. cum seqq* Mynsinger. *4. observ. 82. & 5. obs. 19.* Appellationes in causis criminalibus, de jure Saxonico non prohiberi, contra Autores supra allegatos, tenet ac tradit, Moller. *4 semestr. 33.* respondens ad textum *articuli 12. lib. 2* Landrechts/quod nominatim, & in specie, loquatur de eo, qui in flagranti crimine deprehensus & in judicium protractus, factum negare, etsi velit, non potest; qui casus cum sit specialis, extra terminos de quibus loquitur extendi, & pro jure regulari, haberi nequit, *per vulgat.*

Non major est difficultas, circa septimam dubitandi rationem. In loco, in quo casus noster contigit, inauditũ esse asserebatur, ut in criminibus judicii publici appelletur, nec posse dari exemplum, ubi tale quod tentatum, vel Appellatio recepta fuerit. Ideoq; cum per desuetudinẽ etiam jura civilia tolli & abrogari queant, Autore Juliano, in *l. 32 ff. de legib.* appellationi deferendum non esse, inferebatur. *At* respondendum non propterea legem statim pro abrogata haberi, quod in usum non venerit, nec in facti contingentia aliquando, ut Interpretes loquuntur, practicata fuerit, sed necesse est, ut contra legẽ latam, per actus contrarios, actum sit, monente Geilio *observation. practicar. lib. 2. cap. 60. n. 4.* ubi, lex nova, inquit, nunquam tollitur per non usum, sed per usum contrarium novæ legi, proinde si casus novæ legis non evenerit, ex diuturnitate temporis,

14. *in prin. Voti Referentis.* Evidens ejus rei exemplum est, si Judex per sententiam alicui torturam decernat, cujusmodi sententia, cũ contineat damnum irreparabile, membrorum nimirum distortionem, & læsionem tum corporis tum animi, ab ea, utcunque sit interlocutoriè, licitè appellari poterit, tex. *in l 2. ff. de appell recipien.* ubi Scævolæ, ante sententiam, inquit, appellari potest, si quæstionem, in civili negotio, habendam Judex interlocutus sit, vel in criminali, si contra leges hoc faciat, Bart. *ad d. l. 2. n 14.* Bal. *in l. 2. C. de episc audient.* Maran *in specul. §. & quandoq; appellatur, n. 318.* Gomez *lib. 3. resolut. c. 13. nu. 22.* Guid. Pap *in decision. tit. de appellat. ab interloc q. 75. n. 2.* Brun. *in tr. de indit. ad torturam q. 5. par 2. n. 14* Hipp. de Mars. *in pract. crim. §. nunc videndum, n 2* Zanger *de qq. & tort. c. 4. n. 3.* Farin. *in prax. crim. lib. 1. qu. 38.* Wesenb. *in paratit. Digest de appellat. recipiendis, n. 8.*

Imò, de Jure Canonico, à quolibet gravamine appellari posse, vulgo recepta est sententia, & constitutum habemus, *in c. 1. c. 3. de appell. in sext. c. appellantis, de appellat. lib. 2. clementinarum, tit.* 12.

Jam verò, sententiam, causæ præsentis, quod attinet, continebat illa damnum irreparabile, habebatq; vim definitivæ. Etsi enim probatio tantum nonnullorum Articulorum Defensionalium, accusato fuerit injuncta, quia tamen defensionis vis, non in iis tantũ, quarum probatio injuncta fuit, articulis, continebatur, sed & in aliis à judice præteritis, utique non leve subfuit gravamen, appellationis remedio emendandum; deinde, si in probatione articulorum, quorum probatio injungebatur, forte defecisset accusatus, pro ut facile fieri potuisset, Torturæ repetitio jamdum deliberata, & ad cõsilium sapientum, eventualiter decreta fuit; Quod si nunc ad torturam retractus, priorem commissi homicidii repetiisset, & in ea perseverasset, (pro ut sæpe, torti in se mentiri, moriq;, malũt, quam tormenta, maximè repetita adeoque intolerabiliora priorib. sustinere) Definitiva ultimi supplicii, jam ante concepta, & propter Revocationem accusati suspensa, sine dubio subsecuta, & Reus ad Rotam condemnatus fuisset; cum tamen de delicto nondum constiterit, pro ut ante omnia, & prius, quàm, vel ad torturam, vel ad ultimum suppli-

cium, deveniatur, constare debet, per ea, quæ latè diximus superius, Ratione decidendi tertia.

Atque ita constat, Appellationem in casu proposito rectè interpositam fuisse, & à judice ad ad quem, recipi oportuisse.

DECISIO VIGESIMASECUNDA.

De exceptione Non numeratæ pecuniæ. Quamdiu competat? An post biennium etiam opponi possit, si Debitor onus probandi in se recipere, sibiq; numerationem factam non esse docere velit? & Anne creditori juramentum à debitore deferri queat?

SI quis cavisset se acceppisse, quod non accepit, ex cautione sua conventus, exceptione Non numeratæ pecuniæ defenditur, ut docet Imperator Justin. *in §. 2. Institut. de exceptionibus.* cui concordat *l. 3. C. de non nume. pecun. l. 2. § 3. vers. proinde ff. de dol. mal. & met. except.* Quamdiu exceptio illa competat, novissimè constituit Justinianus *in l. 14. Cod. de non numerat. pecun* ubi Non numeratæ pecuniæ exceptionem, intra biennnium, post emissam cautionem, non verò ultrà competere sancit, cui concord. *§. plane si quis, Instit. de liter. oblig.*

Cæterum, An indistinctè, Non numeratæ pecuniæ exceptio post lapsum biennii cesset, An verò post biennium etiam opponi possit, si Reus onus probandi in se reccipere velit, controvertunt Interpretes; Et habuimus in facti contingentia: Condictione certi ex mutuo adversus debitorem à creditore institutâ, excepit Debitor, pecuniam, quam se accepisse chirographo caverit, sibi Numeratam non esse. Actor replicando, post biennium, exceptionem nō numeratæ pecuniæ, opponi non posse, asserebat. Reus contra duplicādo, hactenus id verum esse contendebat, si creditori numerationis factæ probatio injungi velit, aliud verò obtinere, si creditor probandi onere exoneretur, idq; debitori imponatur. Insuper petens, quia testes, quibus probare potuisset, Numerationem subsecutam non fuisse, peste sint extincti, ad juramētum non factæ solutionis se admitti, aut certè adversario suo illud deferri, ut juret is, pecuniæ numerationem verè subsecutam fuisse. Quæsitum quid juris?

Post

Post biennium etiam, exceptioni Non numeratæ pecuniæ locum esse, si modo Reus onus probandi in se recipere paratus sit. communiter volunt Interpretes, pro ut illam communem dicunt, & sequuntur, Gomez. *lib 3 resolut. c. 6.* Laur. Kirchov. *commun. opin. centu. 6. conclus. 16.* Motz. *de contract ib. tit. de mutuo n 9* Jason *ad l. 38. n. 6. de jurejur.* & alii plures ab illis allegati. Contrà verò, post biennii lapsum, indistinctè, Non numeratæ pecuniæ exceptione, cessare, utcunque debitor onus probandi in se suscipere velit, docent Felin. & Imol. *in c. 14. extr. de fid instrum.* Fab. *ad tit. Inst. de liter. oblig.* Duenn. *de regul jur. reg 261.* Duar. *ad tit. C. de non numer. pecun. c. 4.* Donell. *lib. 14. commen. c. 38* Zange. *in tract. de except c. 12. n. 24* And. Fach. *lib. 2. controvers. jur. c. 81.* ubi plures opinionis illius Autores refert. Et hæc sententia nobis etiam in puncto juris verior videbatur.

Cum enim certi sit juris, Non numeratæ pecuniæ exceptionem quiescere, si intra biennium querela, de non numerata pecunia non fuerit proposita *l. 9. l. 10. l. 14. Cod. de non numerat. pecun. § fin. institut. de literar. obligat.* Et verò ejus exceptio, nisi conventus probationis unus subire velit, dubia & controversa existat, nec speciali aliquo juris textu probetur, utique admittenda non erit, sed regulæ & juri certo standum.

Probatur *deinde*, per ea quæ habentur in principio & fine, tituli Institutionum de literarum, obligationib. ubi Justinian. non numeratæ pecuniæ exceptiònem, ultra biennii metas, extendi posse negat; extenderetur verò, si Rei conventi probatio post tempus illud admitteretur.

Tertio, pro eadem sententia textus est in *l 8. Cod. de non numerat. pecun.* ubi si debitor, intra constitutum tempus, conquestus non sit, hæres ejus ad solutionem *omnimodo* compelli dicitur, quod utique minus rectè diceretur, si quo casu, post lapsum temporis constituti, debitor hæresve ejus à solutionis necessitate se eximere possit.

Quarto, ad idem comprobandum facit *l. 10. Cod. eod.* ubi Imperatores Diocletian. & Maximian. differentiam inter solutionis

&non

& Non numeratæ pecuniæ, exceptionem, ratione præscriptionis, ostensuri, solutionis exceptionem perpetuo opponi posse, at, Nō numeratæ pecuniæ exceptionem longè citius evanescere, rescribunt; quod a. evanescit, amplius non est; nec, *quod notandum*, de querela, sed de exceptione, Non numeratæ pecuniæ loquuntur, quod argumento est, non numeratæ pecuniæ querelam post lapsum temporis constituti, ne quidem in modum exceptionis, cujus probatio ad excipientem pertineat, proponi posse.

Quinto idem probatur per *l.14.cod.* ubi Justin. in prin. querelam Non numeratæ pecuniæ, post lapsum biennii, nullo modo introduci posse ait, introduceretur a. si debitoris probatio admitteretur. Et hanc esse Justin. mentem, patet *ex §.2 ejusdem legis*, ubi, si creditor intra triginta dies ipsi præstitutos, de non accepta pecunia cōquestus non sit, non licet ei postea pecuniam sibi numeratam non esse dicere, nec exceptionē Non numeratæ pecuniæ opponere. Idem etiam patet, ex *§.3. ejusdem legis* ubi post tempus, Non numeratæ pecuniæ exceptioni præfinitum, creditori à debitore, jusjurandnm deferri posse negatur, quo ipso satis significatur, debitorem post lapsum tēporis constituti, non esse audiendum, utcunque se ad probationem offerat, quippe cum juramenti delatio probationis sit species, pro ut illationem hjusmodi *ex d. §.3.* deducit Don *lib.14. comment. c.38 §. 5. circ. fin.* Hæc sunt, quæ pro confirmatione nostræ sententiæ, adduci possunt fundamenta, ex testibus juris petita.

Conantur quidem, qui communem sequūtur, respondere, quod, quando in adductis legib. dicitur, exceptionem Non numeratæ pecuniæ, elapso biennio expirare, id eo sensu, & ad eum effectum dicatur, ne per modū querelæ opponatur, & probatione numerationis oneretur Actor, at dicunt quidem, sed nihil unde id colligi possit afferunt. Affert & alia, pro confirmatione nostræ sententiæ, arg. Don. *d.c.38. §.2.3. & 4.* & ita comparata, ut facile ab adversa parte elidi possint; Nec n. ut Don. putat, tum demū literarum obligatio nascitur, quando biennium est elapsum, sed statim, posteaquam instrumentū confectum & creditori traditum est, obligatio nata, & cōtractus perfectus

fectus censetur, ne tẽpus sit modus introducendę & cõstituendę obligationis contra *l. si obligationum, de V. O.* non obstãte, quod Justin. *in § hoc n. Inst. de liter. obl.* constitutũ esse ait, ut dũ quæri, h. e. excipi, de nõ numerata pecunia nõ põt scriptura sua obligetur scribens, cũ ad effectũ obligationis ibi respiciatur, & eo respectu id dicatur: Deinde, non illa solum est obligatio, cui nulla objici põt exceptio, sed & cui potest, ut inter alios juris text. satis apparet *ex prin. § 1. 2. 3. 4 & 5. Inst. de except.* Quare superioribus contenti, videamus potius, quidnam pro communi afferatur, & quo modo, rationibus in contrarium moventibus, occurri queat. Adferunt *primo* regulam, quod quę temporalia sunt ad agendum, perpetua sint ad excipiendũ, traditam à gl. *in l. si pactum. C. de except.* & fundatam *in l. 1. l. 5. § fin ff. de dol. mal. & et met. except.* indeq; inferunt, quod, etsi exceptio Nõ numeratæ pecuniæ per modum agendi, dum probandi onus Actori injũgitur, sit temporalis, perpetua tamen esse debeat, quo ad modũ nudè excipiendi, ita ut debitor exceptionis suæ intentionem probet, id quod except onũ proprium est. At sciendum regulam objectã, sub conditione, Nisi qui casus in specie exceptus reperiatur, vel talis sit exceptio, quę etiã per modum actionis proponi possit, veram esse, arg. *l 5. de dol mal. & met. excep.* Jam verò, casum de quo agimus exceptũ esse, ex textib. pro stabilienda nostra sententia, adduct s abundè constat; Estq; præsens nostra, Non numeratæ pecuniæ, exceptio ita comparata, ut jus ejus agendo quoq; proponi possit, quippe cum debitori liceat cautionem suam statim condicere, & de non numerata sibi qecunia conqueri *l. 7. l. 9. l. 14. C. de non num. pecu* quod, cum in allis exceptionib. secus se habeat, nõ mirum, exceptionem Non numeratæ pecuniæ ab illis hac in parte discrepare, nec idem de ea, quod de cæteris prædicari. Argumentatur *deinde* ab Æquitate, quæ pro cõmuni contra nostram sententiam militare videtur; quid n. æquius est quã ut audiatur debitor probare volens pecuniã sibi numeratã non esse, & quid iniquius quàm, non attentâ debitoris querimoniâ ipsum ad solutionẽ condemnari? esset id injusta petẽti patrocinari, justè vero

cantem repellere, contrà præcipitur *in l.6.in princ. de offic. præsid.* Cæterum, ab eadem æquitate, qui nostram sequuntur sententiam, argumentantur; cum n. contra debitorem propria ejus confessio, literis testata, & silentiũ totius biennii militet, nihil sanè iniq; petit creditor, dum pecuniam sibi solvi contendit. Ponamus, utriusq; intentionem, tum creditoris tum debitoris, justã esse, quippe cum pecunia æquè non numerata, ac numerata, esse possit; an non verò, in dubio hoc, æquius est credi Actori, confessionem Adversarii, silentio biennali confirmatum, pro si habenti, quã Reo contra propriam confessionem venienti, posset malitiosè ac frustrandi tantum causa, numerationem negare, ne executoriales contra se decernantur, ꝑ ut communis debitorum mos est; posset subornare testes, aut aliàs fingere probationes, quib. se à solutionis necessitate eximeret, maximè verò creditore mortuo, vel mortuis testibus, qui numerationi interfuerunt, adde quod Reipubl intersit, ne lites sint immortales, sed certo tempore finiantur *l.1.de usucapion.* ac cum in cæteris Actionum præscriptionib. finitâ præscriptione, non audiatur is, contra quem præscriptum fuit, utrũque durum hoc videatur, quid mirum si nec debitor, biennali ꝑscriptione finitâ, ad ulteriorẽ contradictinem admittatur; cogitet secũ, si ꝙ damnũ sentiat, propria culpâ se sentire, sibique id imputet, cũ satis habueuerit tẽporis, intra ꝙ cautionẽ suam condicere, & jus suum præservare potuisset, quod, cum non fecerit, de se queri debet, nõ de juiris duritie, aut adversarii injustitia. *Tertiò* olim quoq;, inquiunt, post quinquenniũ, non numeratæ pecuniæ exceptionẽ opponere licuit, sed ita, ut reus excipiens probet pecuniã sibi numeratam non esse; quod cum mutatũ nõ sit, sed quinquennium tantũ, ad biennium, reductum, jus vetus salvum maneat necesse est, & novæ cõstitutio, quæ est de biennio, relata *in l.14.C.de non num. pecu.* secundum priorẽ, quæ est de quinquennio, exaudienda & exinde explicanda venit, arg. *l.25.de ll.* At subsumunt, tanquam probatum, quod omni probatione destituitur; Nec n. cõceditur, post quinquenniũ, olim debitoris exceptionem admissam fuisse, si probandi onus in se recepisset; Adduci quidem eam in rem à nonnullis solet, *lex 8.C.de non num. pec.* sed frustra, cum nihil, quod ad

id comprobandum faciat, ibidem habeatur, & quod exceptio ibi dicitur perpetua, eo casu dicatur, si creditor conquestus sit, intra quinquennium, pecuniam sibi numeratam non esse, imo lex ista cōem potius impugnat, pro ut illam etiam contra cōmunem supra induximus. Minus facit *l.3 & l.10.eo.* u legēti, vel primo intuitu cōstabit.

Quartum, quod pro cōmuni opinione adduci solet, argumentū, ab Affini, præsentis nostræ exceptionis, remedio desumitur. Affine, nō numeratæ pecuniæ, exceptionis, remediū est doli mali exceptio, pro ut apertè constitutū videmus *in l 3.C.de non num.pec.* nec n. dolo carere pōt, qui petit tanquam numeratū, quod numeratum non est *l.2 § 3 & s.de dot mal.& met.excep* ut ita, non numeratæ pecuniæ exceptio, in effectu nihil sit aliud, q̃ doli mali in factū tēperata exceptio Jā verò, doli mali exceptio, perpetua est, nec biennio finitur, quēadmodum actio de dolo finiri solet, ut constat *ex l 5.§.fin. de doli mali & met.excep l.6.C de excep* quare dicendum videndum videtur, superiorem etiam, non numeratæ pecuniæ exceptionem, perpetuam esse, nec biennio finiri, si modo debitor probandi onus in se recipere velit. At vero, nec doli mali exceptionē, post biennium, debitori competere posse, evincunt rationes, pro opinionis nostræ assertione, superius allatæ; quomodo n. aliàs dici posset, non numeratæ pecuniæ exceptionē ultra biennii metas extendi nō posse? Debitorē ad solutionem omnimodo compellendū esse, si intra constitutum tempus conquestus non sit? nec licere post bienni lapsum, ullo modo quereiā non numeratæ pecuniæ introducere? vel dicere, pecuniæ numerationem subsecutā non esse? pro ut dicitur, *in fi.tit. Inst.de liter.oblig. l.8.& 10.& l.14.C de non numer pecun.* si, post biennium, doli mali exceptio locum haberet. Etsi igitur concedatur (pro ut omnino concedendum est, ob text. *l.3.C.de non nume.pecu.*) doli mali exceptionem, cum exceptione nō numeratæ pecuniæ concurrere, inde tamen nō sequetur, post biennium, de non numerata pecunia conqueri licere cum aliàs per obliquum debitor obtineret, id q̃ directò ipsi denegatum fuit, contra *c.cum qui 84.de.R.I.in 6.* Nec obstat, quod ex *l.5.§ fi. de dol.mal.met.excep.* adductum fuit, exceptionem doli perpetuā esse,

nec biennio finiri, primo siquidem: esistit Responsum Ulp. *in l. 30 §. pen. de pecul.* ubi Ulp. in dolo, inquit, objiciēdo, temporis ratio habetur; fortassis n. post tempus de dolo actionis (quod est biennii juxt. *l. 8. C de dol. mal.*) non patietur, dolū malum objici, prætor, quoniā nec dolo actio, post statutū tempus datur. Unde, quod, in objecta *l. 5. §. fi. de dol. mal. & met. except.* asseritur, exceptionem doli, perpetuam esse, cautione indigere, & ita exaudiendum esse putamus, ut excipiantur ejusmodi exceptionis doli species, quæ per modum Actionis proponi possunt, quo modo cum proponi queat, Doli exceptio, quæ competit debitori, qui cavit, se accepisse, quod nō accepit, contra creditorem indebita petentem, sequetur, quod doli hujusmodi allegatio post biennium, nullum habeat locum, per tex. *in d. l. 30. §. fin. de pecul.* licet aliæ exceptiones doli, in factum temperatæ, sint perpetuæ, juxobjectam *l. 5. de dol. mal. & met. excep.* Deinde, cum doli mali exceptio, quæ cum exceptione Non numeratæ pecuniæ concurrit, nō fit principalis quædam exceptio, sed ministra & accessoria ex intermissa pecuniæ numeratione, ortum habens, utique conditionem & qualitatem exceptionis principalis, propter quam cōpetit, illam sequi necesse est, ideoque, cum principalis exceptio, cui ea inservit, videlic. Non numeratæ pecuniæ exceptio, sit temporalis, doli quoque exceptionem temporalem esse oportet, *arg. l. 178. de R I.* Nec n. præsens nostra doli mali exceptio, quā creditori nō numerata repetenti opponere licet, in effectu aliud esse censetur, quàm Non numeratæ pecuniæ exceptio, quæ cū, post biennium, opponi non possit, utiq; nec doli mali exceptio, quippe ad eūdē finem & scopum respiciēs, post illius temporis lapsum opponi poterit, nec enim, cum quid una via prohibetur alicui, alia ad id admitti debebit, per regulam traditam *in c. cum quid, de reg. jur. in 6*,

Quintò, pro communi opinione adferunt *l. 30. de reb. credit.* ubi Paulus, qui pecuniam, inquit, crediatm accepturus, creditori futuro spopondit, in potestate habet, ne, accipiendo, se ei obliget; *At* quomodò pro cōmuni opinione, lex illa induci possit, non video, quippe cum hoc tantum, ibidem dicatur, quod qui mutuam ab aliquo pecuniam

cuniam petiit, non sit obligatus, ut quam petiit invitus accipiat, sed possit non accipere, atque ita à futura obligatione se eximere, pro ut respondet, & exempli appositione, declarat idem Paul. *in leg pen qua res pig. dari poss.* Nisi fortè quis ita inducere velit, quasi, cum debitor ab initio obligatus nōn sit, eo quod pecuniam nō accepit, nec temporis tractu etiam obligari possit, ideoque semper ipsi, non numeratæ pecuniæ, exceptio, concedi debeat, cum tempus non sit modus constituendæ obligationis *l. 44. de obl. & action.* At, nec illa inductio, quicquam pro communi opinione confert; quod n. debitor, in casu proposito, obligatur, id non fit intuitu acceptæ, pecuniæ, eo .n. respectu ipsum obligatum non esse palàm est, nec etiam ob lapsum temporis, quippe cum tempus non sit modus introducendæ obligationis, sed fit, vi & vigore cautionis emissæ, ob quam ab initio statim dati chirographi obligatur, nec post biennium demum obligari incipit, licet exceptio, nō numeratæ pecuniæ, quam ante biennium opponere licuit, post biennium cesset, sicque cum effectu obligari incipiat is qui cautionem emisit.

Sexto à condictione chirographi, Debitoribus competente, argumentantur; Qui cavit, se accepisse quod non accepit, condictionis remedio cautionem suam repetere potest, per text. *in l. 7. C. de non nu. pec.* At condictio, pro ut omnis alia in personam actio, perpetua est, ad triginta usque annos competens, *l sicut* 3 *C. de præscr. 30. vel 40. ann. l. 2. in priu. C. de constit. pecun.* quod si ita est, si, post biennium etiã, cautionem suam debitori condicere licet, multo magis, nō numeratæ pecuniæ exceptionem opponere licebit, *arg. l. 156. §. 1. de reg. jur.* At, nec condictionem, post biennium, debitori competere posse, iisdem rationib. quibus. nec doli mali exceptionem post biennium competere posse, evicimus, quomodo n. aliàs dici posset, non numeratæ pecuniæ exceptionem, ultra biennii metas extendi nō posse debitorem ad solutionem omnimodo compellendum esse, si intra constitutum tempus conquestus non sit, Nec licere, post biennii lapsum, ullo modo querelam, non numeratæ pecuniæ, introducere, vel dicere, pecuniam sibi numeratam non esse (pro ut dicitur *in fin.*

titul. institution. de literar. obligationib. l. 8. l. 10. l. 14. Cod. de non numerat. pecu.) si post biennium debitori condictionem instituere, & cautionem suam, tanquam quæ sit sine causa apud creditorem, repetere liceret; per obliquum, hoc modo deveniretur, eò quò recta pervenire non permittitur, contra tritam juris regulam, relatam *in cap. cum quid de reg. jur. in 6.* Etsi verò actiones personales, cuiusmodi etiã est chirographi condictio, perpetuo competant, juxta regulam traditam *in l. 3. Cod. de præscript. trigint. vel quadragint. ann. l. 2. in princip. Cod. de constit. pec.* id tamen universaliter verum non esse, sed multos, quibus regula illa fallat, casus existere, docemur *ex princip. tituli institut. de perpet. & temporalib. actionib. & l. 35. de verb. obligat.* quibus, ut chirographi condictionem annumeremus, argumento est, *l. 14. Cod. de non numerat. pec.* Non obstat, quod in allegata *l. 7. Cod. de non numerat. pec.* indefinitè & sine determinatione temporis, debitori, condictio chirographi conceditur; inde enim minus rectè inferri, quod perpetuò, ad triginta usq; annos, debitor condictionem habeat, argumento est, quod eodem in loco, eadem, orationis figura, & sine ulla temporis adjectione, debitori non numeratæ pecuniæ exceptio conceditur, quam tamen ultra quinquennnium non competiisse omnes concedunt. Nec alicuius est importantiæ, quod in *l. 44. de oblig. & action.* tempus tollendarum obligationum modus esse negatur, quasi scil. cum condictio semel competere cœperit, quinquennii vel biennii lapsu illa finiri non possit, sed semper durare debeat; quod enim in *d. l. de oblig. & actionib.* asseritur, tempus tollendæ obligationis modum nõ esse; ad obligationes conventione contrahentium constitutas, pertinet, ad actiones verò, quibus lege ipsa certũ tempus præfinitũ fuit, minime porrigi posse, argumento est titulus Institutionũ, de perpet. & temporalib. actionib, & rectè docuit, Donell. *lib. 14. cõmentar. c. 38. §. pen.* cui & illud addendũ, quod etsi obligationes conventione contrahentium, ad certum diem initæ, lapsu dici nõ finiantur, sed post tempus etiam, id quod promissum est, rectè peti possit, pacti tamen conventi, vel doli mali exceptione, actor summoveri possit, ut patet ex *d. l. 44. de obligat. & action.* & apertè monet Imper. *in §. at si, Inst. de verb. oblig.* *Septi-*

Septimum & ultimum, quod pro communi opinione adduci solet, argumentum, sumitur ex *l. asseveratio 10. C. de non numer pecu.* ubi, cum eam ob causam, non annumeratæ pecuniæ exceptio, perpetua esse negetur, quia in creditorem probandi necessitatem transferat, & verò ratio illa, in casu proposito, quo debitor ad negativæ probationem sese offert, cesset, ipsum etiam jus cessare videtur. *At* minus rectè pro communi opinione hoc modo inferri, cuique patet, & dilucidè demonstrat Donell, *dict. cap. 38. §. fin.* ad quem brevitatis studio remittemus.

Atque ita evicimus, Non numeratæ pecuniæ exceptionem, post biennii lapsum, cessare, utcunque debitor onus probandi in se recipere velit.

Cæterum, ex æquitate juris Canonici, etiam post biennium elapsum, Non numeratæ pecuniæ exceptionem opponi posse, tenent Canonistæ, Felyn. *in cap. si cautio num. 61. de fid. instrum.* Immol. *in c. fin. ext. de solutionib.* Dyn. *in c. locupletari. de regul jur. in 6.* & alii communiter; tum, quod nemo locupletari debeat, cum aliena jactura, *d. c. locupletari*, tum quod nulla præscriptio currat, cum mala fide, *c. ultim. de præscriptionib.* à qua abesse non possit creditor, qui pecuniam promissam non numeravit, tum denique, quos lapsus biennii, inducat tantùm juris præsumptionem, quæ admittat contrariam probationem, Menoch. *de præsumpt. libr. 1. quæst. 31. n. 2. & q. 60. nu. 2.* Gabr. commun. opin. *libr. 1. titul. de præsumptionib. conclus. 1. num. 62.* Geil. *2. obs. 71 num. 12.* Idem *2. observat. 128. num. 17.* Mynsing. *1. observ. 93. in princ.*

At verò, nec de jure Canonico, aliud obtinere, rectè scripserunt, Specul. *tit. de restitut. in integr. §. 1. n. 35.* Archidiac. *in c. si quis Episcoporum, caus. 3. q. 6.* Bald. *ad l. cum quis, num. 22. C. de jur. & fact. ign.* Jaso. *ibid. numer 28.* Petr. Duennas *regul. 251. num. 12.* Hpppol. Riminald. *consil. 272. numer. 20. libr. 3.* quos refert, & sequitur, And. Fachin. *lib. 2. controvers. jur. cap 82.* cum nullus dari possit textus, quo de jure Canonico aliud constitutum inveniatur.

Adhæc

Adhæc, iidem illi Autores, qui contrariam sequuntur sententiam, eamque usu receptam sentiunt, non quasvis promiscuè probationes, admittunt, sed legitimas, h. e. idoneis testibus munitas, & documentis indubitatis instructas, Gomez *lib 2. resolution. cap. 6. num. 6.* quales, cum in casu proposito debitor habeat nullus, utique, etiam eorum, qui contrariam tenent opinionem, calculo, contra ipsum responderi debebit.

Unde quod ad juramenti præstationem ipse offert debitor in eo, planè non est audiendus, cum nihil omninò probavit, quod juramento suppleri possit vel debeat; ut taceam suspectum censeri eum, qui ad juramentum ultrò se offert, per *vulgat.* Æquè nec creditori juramentum deferri potuit. Etsi enim, deficiente probatione, juramentum adversario deferre liceat, isque cui defertur, aut jurare, aut delatum juramentum deferenti referre teneatur, *l. 34. §. ait Prætor. cum seq. l. 38. de jureiur. l. 9. Cod. eod.* idque etiam, in præsenti non numeratæ pecuniæ exceptione, obtineat, per text. *in Novell. 136. c. 6.* ubi creditori ejusque hæredibus juramentum deferri posse dicitur; attamen, in terminis casus propositi secus obtinet; siquidem, post lapsum triennii, delationem juramenti locum non habere, apertè constitutum habemus, *in l. in contractibus. 14. §. 3. Cod. de non numerat. pecun.* & attingitur *dict. cap. 6. versic. Nam si id. Novell* 136. Dd. communiter in *d. l. 14. §. 3. Cod. de non numerat pecun.* Gomez. *dict. cap. 6.* Zanger. *in tractat. de Exceptionib. part. 3. cap. 12. num. 26.* ubi ait, meminisse se, aliquoties ita in Dicasterio Jenensi pronunciatum fuisse.

Atque ita constat, nec Civili, nec Canonico jure, post biennium, Non numeratæ pecuniæ exceptionem opponi posse, utcunque Debitor onus probandi in se recipere velit; multoq; minus Creditori In casu proposito juramentum deferri potuisse.

FINIS.